

الحقوق المعنوية بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي

د. عجيل جاسم النشمي

إن الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله. ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾^(١) ﴿يَتَأَيَّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي نَسَاءَ لُونُ بِهِ ءَ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾^(٢) ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾﴾^(٣).

أما بعد. فإن بيع الاسم التجاري من القضايا التي استجد التعامل بها والتعارف عليها. مما استلزم تنظيمها، ووضع الضوابط لها، منعا للنزاع أو تقليلا له.

ولما كانت هذه المسألة قد نشأت ضمن تعامل المجتمعات المعاصرة، فقد كانت مسئولية تنظيمها راجعة إلى نظم وقوانين البلاد التي نشأت فيها. فنظمها القانون التجاري في البلاد الأوروبية منذ مطلع القرن التاسع عشر. ثم انتقل التعامل بالاسم التجاري والرخصة التجارية إلى بعض البلاد الإسلامية في أوائل القرن العشرين، على شكل عرف تجاري، استلزم التنظيم ووضع الضوابط. وفي غيبة الشريعة الإسلامية استوردت هذه الدول القوانين الغربية، لتنظيم ما يتعلق بهذا الموضوع من أحوال وأحكام.

(١) سورة آل عمران آية ١٠٢ (٣) سورة الأحزاب آية ٧٠

(٢) سورة النساء آية ١

ولما عم عرف التعامل بذلك وشاع في كثير من البلاد الإسلامية، وكانت الشريعة الإسلامية قد نحتت من حياة المجتمع الإسلامي جملة، ولم يجد الناس منظماً سوى القوانين الوضعية، استوردوا ضمن ما استوردوه تنظيم مسألة الاسم التجاري، والعلامات التجارية، وما إلى ذلك.

ثم وقع مؤخرا السؤال عن حكم الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، فكان لا بد - والحال هذه - أن يبين الفقهاء المسلمون حكم هذه المسألة، حتى يطمئن المتعاملون إلى سلامة تصرفاتهم وشرعيتها، ولكي تجد الدول الإسلامية التشريع البديل لهذه المسألة على وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

ولا يخفى أن الشريعة الإسلامية لا يند عن أصولها وقواعدها أمر يتعلق بأفعال المكلفين، ينشأ من تعاملهم داخل المجتمع الاسلامي، فكل حادث لا بد له من حكم شرعي : من الوجوب، أو الندب، أو الحرمة، أو الكراهة، أو الإباحة. وإن الكشف عن الحكم الشرعي في هذه المسألة يستدعي الوقوف على حقيقة موضوعه من جوانبه المختلفة، حتى يمكن تصوره، ثم معرفته، ثم ترتيب الوصف أو الحكم الشرعي له.

ولما كان موضوع "الاسم التجاري" موضوعاً قد نظمته القوانين الوضعية، وجرى تعامل الناس فيه على وفق هذه القوانين، فإن من اللازم الوقوف على نظر القانون الوضعي في هذا الموضوع وما إليه، مما هو من بابة وحكمه. حتى نستوضح الواقعة المسئول عنها، والمطلوب الحكم فيها، من جوانبها كلها، سواء في تكييف المسألة، أو الأحكام المقررة فيها من وجهة نظر القانون.

ثم نعرض ذلك كله على الفقه الإسلامي، ليقرر حكمه في أصل الموضوع وآثاره وأحكامه، وهذا يستلزم أن نعرض للمواضيع الرئيسة التالية :
الفصل الأول : نتناول فيه الكلام على "المحل التجاري"، باعتبار أن الاسم التجاري عنصر من عناصره.

الفصل الثاني : نتكلم فيه عن الحق في القانون، من حيث تعريفه وأقسامه.
الفصل الثالث : نتكلم فيه عن الملكية الصناعية والتجارية، وحق المنفعة، والفرق بين الشيء والمال.

الفصل الرابع : ونعقده للكلام على الحق في الفقه الإسلامي، من حيث تعريفه وأقسامه، ثم نختم الفصل بالكلام على الحقوق المعنوية.

الفصل الخامس : نتكلم فيه عن المال ومعنى المالية والتقوم .
الفصل السادس : نتكلم فيه عن المنفعة، فنعرفها ونبين الفرق بينها وبين الانتفاع،
ثم أدلة الجمهور على أن المنفعة مال، وكذا أدلة المخالفين، ثم نتكلم على غصب
المنفعة، والمذاهب فيها. ثم نقارن بين المال والمنفعة، وأسباب ملك المنفعة،
وتوريث المنفعة، ونختتم هذا الفصل بالكلام على حقوق الارتفاق.
الفصل السابع : نتناول الكلام فيه عن البيع من حيث تعريفه وشروطه.
الفصل الثامن : نتكلم فيه عن الملك : فنعرفه ونبيّن الفرق بينه وبين المنفعة
والاختصاص والإباحة.
الفصل التاسع : نختم فيه البحث بالكلام على التكييف الشرعي للاسم التجاري،
وهو ثمرة البحث.

الفصل الأول

المحل التجاري

مبحث

تعريف المحل التجاري وعناصره

تمهيد :

كان حق الملكية في القوانين الوضعية مقصوراً على الحقوق المادية، أي الحقوق التي ترد على أشياء مادية^(١)، ولم تكن هذه القوانين تعترف بغير الحق المادي، وبعد فترة من تطورها عرفت ما يسمى بحق الملكية غير المادية، أو بمعنى أدق الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية، كحق الملكية الأدبية، ويقصد به الإنتاج الذهني للإنسان، وحق الملكية الفنية، ويقصد به الإنتاج الإبداعي الفني، وحق الملكية الصناعية ويقصد به الإنتاج الصناعي المبتكر، وحق الملكية التجارية، ويقصد به الإنتاج التجاري وما يلحق به من حقوق راجعة إليه، وهو موضوع بحثنا.

والاسم التجاري مصطلح يدخل ضمن ما يسمى عند القانونيين بـ «المحل التجاري»^(٢).

ويراد منه : مجموع ما يخصص لعمل تجاري من أموال مادية ومعنوية.

وحق التاجر الذي يرد على المحل التجاري بذاته، أو ما نتج عنه، وارتبط به يسمى «الملكية التجارية» ويشمل ذلك : سمعة المحل، واشتهاره، وجودة سلعته.

والاسم التجاري أحد أهم عناصر المحل التجاري، فالكشف عن حقيقته -

(١) يقول الأستاذ السهوري مخطئاً القول بتعبير الحقوق المادية أو غير المادية : «يقال في بعض الأحيان إن الحق إما مادي، أو غير مادي، وهذا القول لا أساس له، ذلك لأن الحق يكون دائماً غير مادي، والمادى هو الشيء محل الحق. أما الحق فهو معنوي» وينسب الخلط بين الحق ومحل الحق إلى القانون الروماني. وهذا قول صحيح، ولا يخفى أن الفقه الاسلامي يفرق بين الحق ومحل الحق. ينظر قول السهوري في كتابه الوسيط شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السهوري ٢٧٤/٨ الطبعة الثانية دار النهضة العربية ١٩٦٤ بمصر.

(٢) فكرة «المحل التجاري» بمفهومها الحالي لم تظهر إلى حيز الوجود إلا في أواخر القرن التاسع عشر. انظر : القانون التجاري للدكتور علي حسن يونس ٤٤٢ طبع دار الحمامي بمصر.

في هذه الحال - يستلزم الوقوف على معنى المحل التجاري، وطبيعته، مع شرح معاني العناصر الأخرى المكونة للمحل التجاري، بغرض أن يعرف معنى وموقع الاسم التجاري من هذه العناصر.

تعريف المحل التجاري : هو منقول معنوي، قوامه الاتصال بالعملاء الذين اعتادوا التردد على المتجر، نتيجة اتحاد عناصر الاستغلال التجاري^(١). أو هو «مجموع أموال مادية ومعنوية، تخصص لمزاولة مهنة تجارية»^(٢).

فالعناصر المعنوية للمحل هي : الاتصال بالعملاء، والسمعة، والشهرة التجارية، والعلامات التجارية، والسمعة، والاسم التجاري، والعنوان التجاري، والحق في إجارة المكان، وبراءات الاختراع، والرسوم، والنماذج الصناعية، والرخص والإجازات.

وأما العناصر المادية فهي الآلات والبضائع.

ولا شك أن قيمة المحل التجاري إنما هي بتوافر العناصر المعنوية، فثبت المحل التجاري ويستمر نتيجة تردد العملاء عليه، وتزداد أهميته أو تقل من هذه الناحية، فلا وجود للمحل التجاري دون وجود العملاء «فالارتباط بالعملاء هو المصدر المنشئ للملكية المحل التجاري، ومتى وجد العملاء نشأت للتاجر ملكية معنوية، يطلق عليها المحل التجاري»^(٣).

الطبيعة القانونية للمحل التجاري :

اختلفت آراء رجال القانون حول طبيعة المحل التجاري.

فذهب البعض : إلى أن المحل التجاري هو مجموع قانوني، أو ذمة مالية مخصصة.

وذهب البعض منهم : إلى القول بنظرية المجموع الواقعي، ويعنى بها : وجود رابطة فعلية أو واقعية بين مختلف عناصر المحل التجاري، وبهذا المجموع يكون المحل التجاري محلاً للتصرفات القانونية، من بيع وغيره. فالتصرف فيه يرد على مجموع هذه العناصر.

(١) التشريع الصناعي للدكتور محمد حسني عباس ٢٩٣ دار النهضة العربية ١٩٦٧ بمصر.

(٢) مبادئ القانون التجاري للدكتور مصطفى كمال طه ٤٠٣/١ الطبعة الأولى دار المعارف ١٩٦٠ بمصر.

(٣) التشريع الصناعي ٣٠٤

وذهب آخرون : إلى القول بنظرية «الملكية المعنوية» : وهو أن التاجر له حق ملكية معنوية، أي ترد على أشياء غير مادية، وهي التي يطلق عليها «الملكية التجارية»^(١).

عناصر المحل التجاري :

ذكرنا آنفا : أن المحل التجاري يتكون من عناصر معنوية وعناصر مادية. والعناصر الأهم : هي العناصر المعنوية، فقد يتصور المحل التجاري دون العناصر المادية في الجملة، كمكتب سمسة مثلا، لكن لا يوجد المحل التجاري بمفهومه الذي ذكرنا دون توافر العناصر المعنوية.

والذي يخص موضوعنا ههنا : هو بيان العناصر المعنوية، وصولا إلى مرادنا من تحرير معنى الاسم التجاري، وما يدخل في دائرته ومعناه من مصطلحات أخرى، فنتناول أهم هذه العناصر فيما يلي :

الاسم التجاري والسمعة التجارية :

الاسم التجاري : هو تسمية يستخدمها التاجر علامة تميز منشأته التجارية عن نظائرها. ويعرف المتعاملون معه نوعا خاصا من السلع، وحسن المعاملة، والخدمة.

السمعة التجارية : هي الشهرة والذكر الحسن الذي اكتسبه المحل من خلال قدرة التاجر على اجتذاب العملاء.

ولهذا فإن هناك ارتباطا بين الاسم التجاري والسمعة التجارية، فمتى اكتسب المحل سمعة تجارية، فإن السمعة التجارية تلازم الاسم التجاري للمتجر، فيختلط بأذهان العملاء الاسم التجاري بذات المحل التجاري، كما يختلط تماما اسم الشخص بذات الشخص لدى الناس، وتبعاً لهذه الصلة الوثيقة بين المحل التجاري والاسم التجاري، تزداد قيمة الاسم التجاري كلما ازدادت السمعة التجارية للمتجر، كما أن المصادر والأسباب التي تنشأ عنها السمعة التجارية مثل : موقع المحل، وجودة المنتجات أو الخدمات، وحسن المعاملة : هي نفس الأسباب التي تنشأ وتزداد بها قيمة الاسم التجاري^(٢).

(١) مبادئ القانون التجارى ٤١١ وما بعدها والتشريع الصناعى ٣٠٦ وما بعدها.

وانظر استيفاء الموضوع في : القانون التجارى للدكتور علي حسن يونس ٤٧٩ وما بعدها.

(٢) التشريع الصناعى ١٦٥ ومبادئ القانون التجارى للدكتور مصطفى طه ٤٦٩/١ والقانون التجارى للدكتور علي حسن يونس ٤٥٣

وظائف الاسم التجاري :

- ١ - قد يستعمل الاسم التجاري لتمييز المنشأة التجارية بوضعه على لافتة المحل التجاري، واستعمال الاسم التجاري في هذه الحال هو «العنوان التجاري» فيكون حينئذ للاسم التجاري هذه الوظيفة.
- ٢ - ويستعمل الاسم التجاري للدلالة على المنشأة التجارية بوضعه على الأوراق، والأدوات الخاصة بالتاجر.
- ٣ - وقد يستعمل التاجر الاسم التجاري علامة تجارية أو صناعية، لتمييز منتجات التاجر أو المصنع، وبذلك تستعمل نفس العبارة التي يتكون منها الاسم التجاري استعمالاً مزدوجاً.
- ٤ - وقد يستعمل الاسم التجاري للتوقيع على التعهدات التجارية^(١).

الاسم التجاري والعلامة التجارية :

تجب التفرقة بين الاسم التجاري والعلامة التجارية. فالعلامة التجارية : هي كل شارة مميزة، تستخدم لتمييز البضائع، للدلالة على مصدرها، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمانها، أو طريقة تحضيرها. أما الاسم التجاري : فهو الاسم الذي يستخدمه التاجر الفرد، أو الشركة التجارية، لتمييز المنشأة التجارية التي يباشر استغلالها. فالعلامة التجارية تستخدم لتمييز المنتجات، أما الاسم التجاري فإنه اسم يميز المنشأة التجارية ذاتها عن نظائرها. وقد يستخدم التاجر الاسم التجاري للمنشأة في تكوين العلامة التجارية التي يضعها على المنتجات، وبذلك يقوم الاسم التجاري بوظيفة في تكوين العلامة التجارية^(٢).

الاسم التجاري والاسم المدني واسم الشركة :

يختلف الاسم المدني عن الاسم التجاري، من حيث أن الاسم المدني هو خصيصة مميزة لشخصية الفرد، فهو حق غير مادي، ولذا لا يعد من الأموال، وغير قابل حينئذ للتعامل.

(١) انظر للتفصيل : التشريع الصناعي ١٦٦ وما بعدها

(٢) التشريع الصناعي ١٦٨ ومبادئ القانون التجاري ٤٧٠/١

وقد يتخذ التاجر من اسمه اسماً تجارياً، وينبغي لها هنا التفرقة بين اسم التاجر بصفته دالاً عليه، واسمه بصفته دالاً على الاسم التجاري، وبالتالي التفرقة بين حق التاجر في الحالين. فإذا بيع المحل التجاري انتقل حق الاستئثار باستعمال الاسم التجاري. وهذا لا يعني انتقال الاسم المدني من حيث التوقيع به، وما إليه من خصوصيات التاجر البائع مثلاً.

ومن هنا يتضح الفارق بين الاسم التجاري واسم الشركة، فاسم الشركة أحد خصائص الشخصية الاعتبارية للشركة.

”ويقع الخلط عادة بين الاسم التجاري الذي تميز به الشركة محلاتها التجارية، وبين اسم الشركة، لأن نفس العبارة التي تكون منها اسم الشركة تستعمل عادة اسماً تجارياً، لذلك يتعين الفصل بين الاسم التجاري - فهو مال قابل للتعامل - وبين اسم الشركة فهو اسم شخص وغير قابل للتعامل“^(١).

التصرف في الاسم التجاري :

اتجه القانون إلى منع التصرف في الاسم التجاري تصرفاً مستقلاً عن التصرف في المحل التجاري المخصص له^(٢).

ويهدف القانون من ذلك إلى حماية الجمهور من التضليل، لئلا يظن عند البيع أن المحل الجديد هو ذات المحل الأول.

الطبيعة القانونية للاسم التجاري :

يعتبر الاسم التجاري حقاً للتاجر : من حيث أنه يعطي التاجر حق الاستعمال والاستئثار لتمييز منشأته، ويمنع الآخرين من تقليده، أو تزيفه، أو الاعتداء عليه بأية صورة كانت، تماماً كالحق العيني، غاية ما هنالك أنه لا يرد على شيء مادي.

والاسم التجاري في ذات الوقت يعتبر من المنقولات المعنوية، وأحد أهم عناصر المحل التجاري.

(١) التشريع الصناعي ١٧١

(٢) مبادئ القانون التجاري ١/٧٥ ولا يخفى هنا أن التصرف في الاسم التجاري في البيع مثلاً غير التصرف في المحل باعتبار قيمة موقعه وهو المسمى بالخلو وهو : المبلغ المدفوع ثمناً لموقع عقار مباع أو مؤجر. لكنها يجتمعان في أن كلا منهما بيع منفعة.

وأما عن كيفية قياس قيمة الاسم التجاري : فإنه يقاس "بمقدار ما يحققه التاجر من أرباح نتيجة استغلال المحل التجاري ، ذلك أن الاسم التجاري هو العلامة المميزة للمحل ، ووسيلة اتصال العملاء بالمتجر"^(١). وقد يكون الاسم التجاري واجبا إذا كان القانون يلزم به .
مستند الاسم التجاري :

يستند الاسم التجاري من حيث نشأته إلى العرف التجاري .
والعرف عامة : هو القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها ، يتوارثونها جيلا عن جيل . والتي لها جزاء قانوني ، كالقانون المسنون سواء بسواء^(٢).
والعرف في القانون هو المصدر الثاني ، بعد النص القانوني ، يرجع إليه القاضي عند عدم النص في الواقعة .

والقانون التجاري بصفة خاصة مبني في أغلب مسائله على العرف ، حيث يبدأ أولا في مرحلة ما يسمى بـ «العادة الاتفاقية» وهي الشروط التي إذا تكررت بين الأفراد ، وتواتر استعمالها في العقود أصبحت معروفة ضمنا ، دون حاجة إلى ذكرها . ثم تتحول هذه العادة الاتفاقية إلى عرف ملزم ، مادام الناس يتوارثون ذلك ، فترتقي العادة إلى أن تصبح عرفا مستندا إلى إرادة الجماعة فتصبح قاعدة قانونية عرفية . ثم تتحول القواعد العرفية إلى نصوص قانونية .

فالعرف التجاري : عبارة عن مجموع ما تعارف عليه التجار فيما بينهم على وفق طريقة معينة ، وبشروط معينة ، قد تكتب أحيانا ، وتصبح مع مرور الأيام مفترضة ضمن التعامل ، وفي العقود بينهم ، دون حاجة إلى النص عليها ، وتتواتر الأحكام القضائية على افتراض وجودها ، وعندئذ يقال : إنها قد أصبحت عرفا^(٣).
ثم يأتي القانون التجاري فيقنن هذه الأعراف بشروطها ، وينظمها ، وتصبح بعد ذلك ملزمة كالنص القانوني .

وإذا اجتمع العرف الخاص والعام ، يقدم العرف الخاص ، ويقصد بالعرف الخاص ما تعارف عليه التجار في جهة معينة من البلد ، وأما العرف العام فيقصد به ما تعارف عليه التجار في البلاد بأجمعها^(٤).

(١) التشريع الصناعي ١٧٢

(٢) القانون التجاري للدكتور محمد حسني عباس ٥٣ دار النهضة العربية ١٩٦٦ بمصر

(٣) الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي للدكتور عزيز العكيلي - الطبعة الأولى ١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨ م

الكويت - عن كتاب الموجز في القانون التجاري للدكتور محسن شفيق ٢١

(٤) الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي ٢٠

العلامات التجارية والصناعية :

العلامة التجارية والصناعية : هي رمز يتخذه التاجر أو الصانع شعاراً لمنتجاته، أو بضائعه تمييزاً لها عن غيرها، وبقصد تيسير التعرف على مصدرها، وهي من أهم الوسائل التي يتبعها التاجر أو الصانع لتعريف العميل بسلعته وخدماته. وهذا يدفعه إلى تحسين منتجاته ليضمن إقبالا جيدا. ولقد ترتب على انتشار المنتجات الكثيرة وشدة التنافس الاهتمام بالعلامة التجارية للحفاظ على التميز المطلوب، حتى غدا لها قيمة ذاتية.

أشكال العلامات التجارية والصناعية :

قد تأخذ العلامة التجارية والصناعية أشكالا متعددة مختلفة، كالأسماء المتخذة شكلا مميزا، والكلمات، والإمضاءات، والحروف، والأرقام، والرسوم، والرموز، وعنوانات المحال، والدمغات، والأختام، والتصاوير، والنقوش البارزة، وأي علامات أخرى، أو أي مجموع منها يستخدم أو يراد به أن يستخدم، إما في تمييز منتجات عمل صناعي، أو أية بضاعة، أو للدلالة على مصدر المنتجات، أو البضائع، أو نوعها، أو مرتبتها، أو ضمانها، أو للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات^(١).

ويتضح من تعريف العلامات التجارية والصناعية وأشكالها، وظيفة هذه العلامات، فهي وسيلة لتيسير تعرف المستهلك على البضائع، وهي في ذات الوقت وسيلة دعائية لضمان العملاء وجودة المنتجات.

العلامة التجارية والاسم التجاري :

تختلف العلامة التجارية عن الاسم التجاري من حيث أن «العلامة التجارية» إشارة مميزة للمنتجات، بينما الاسم التجاري تسمية للمنشأة التجارية، وقد تشتق العلامة التجارية من الاسم التجاري، أو من العنوان التجاري، ويحميها القانون، بوصفها علامة تجارية متى اتخذت علامة مميزة للمنتجات^(٢).

ولكن ينبغي القول هنا : إنه رغم وجود الفوارق بين العلامة التجارية، والاسم التجاري. والعنوان التجاري، إلا أن بينها تشابها من حيث طبيعة كل،

(١) مبادئ القانون التجاري للدكتور مصطفى كمال طه ٤٥٦/١

(٢) التشريع الصناعي ١٩٩

باعتبار أنها علامات مميزة، لها ارتباط وثيق بالمحل التجاري. ولذلك أوجبت القوانين "عدم التصرف في العلامة التجارية أو الاسم التجاري، تصرفاً مستقلاً عن المتجر، بقصد تنظيم المنافسة بين المنتجين وحماية المستهلك"^(١).

وبالنظر إلى هذا التداخل بين الاسم التجاري - وهو الأصل - وبين العلامة التجارية، والعنوان التجاري، وكذلك السمة التجارية، فإننا سنستخدم الاسم التجاري بالمعنى الأعم الشامل لغيره فيما هو من طبيعته، فما يجري عليه يجري على غيره جملة.

التصرف بالعلامة التجارية :

لا تعتبر العلامة التجارية مالا مستقلاً بذاته، بل هي تابعة للملكية المحل، فلا تنتقل ملكية العلامة مستقلة في أي تصرف، كرهن وبيع وما إليه.

ذلك أن العلامة التجارية قد يكون لها اعتبار هام إذا كانت العلامة هي التي تجذب عملاء المحل، وتميزه عن غيره. فتكون - والحال هذه - من مستلزمات المحل التجاري. وعلى ذلك فالأصل أن العلامة التجارية تابعة للمحل التجاري فيما يجري عليه من تصرفات، لكن «يجوز لأطراف العقد الاتفاق على خلاف هذا المبدأ، فيجوز الاتفاق في عقد بيع المتجر على أن البيع لا يشمل العلامات التجارية»^(٢).

وهذا لا يعني أنه يجوز التصرف بالعلامة التجارية منفردة، لكن يجوز أن تستخدم هذه العلامة لمنشأة جديدة أخرى.

ومبدأ منع التصرف في العلامة التجارية مستقلة عن المحل، يختلف فيه عند القانونيين، ويختلف في تطبيقه بين الدول.

ويرى بعض المانعين من التصرف في العلامة التجارية مستقلة عن المحل أن هذا المبدأ يسري «على رهن العلامة والحجز عليها، ولكن يجوز تقرير حق انتفاع على العلامة مستقلة عن المتجر»^(٣) وهذا يعني أن المراد بالمنع القانوني هو منع التصرفات الناقلة للملكية. أما غير الناقلة لها فيجوز.

(١) التشريع الصناعي ٢٠٠

(٢) المرجع السابق ٢٣٣

(٣) المرجع السابق ٢٣٨ ومبادئ القانون التجاري للدكتور مصطفى طه ٤٦٢/١

رخصة المحل :

وهي التي تميز استغلال المحل فيما خصص له . وهي عنصر أساسي قد تكون له قيمة كبيرة تبعا لأهمية المحل ، من حيث نوع تجارته ، وموقعه ، وما إلى ذلك ، وتعتبر عنصرا من عناصر المحل التجاري . إلا إذا استبعدا الطرفان ، أو إذا كانت الرخصة ذات صبغة شخصية ، إذا روعي في منحها صفات معينة^(١).

العنوان التجاري :

هو تسمية مبتكرة ، أو رمز يختاره التاجر كشعار خارجي ، لتمييز محله التجاري عن نظائره ، واجتذاب العملاء^(٢).

السمة التجارية :

وهي تسمية مبتكرة تدخل عادة في الاسم التجاري بقصد الدعاية ، ولفت أنظار المستهلكين . والشركات المساهمة عادة تتخذ لها سمة تجارية ، لأن ذكر غرض الشركة صناعيا ، أو زراعيا ، أو غير ذلك لا يكفي لتمييزها عن غيرها من الشركات المماثلة ، فيقال مثلا : «شركة صناعة الأنابيب (الثمانية)».

الاتصال بالعملاء :

وهم الأشخاص الذين اعتادوا على الشراء من المحل ، ولذا كان هذا من عناصر المحل الجوهرية.

وقد يحتل هذا العنصر بعنصر السمة التجارية إلى حد كبير.

ويعتبر الاتصال بالعملاء والسمة التجارية من أهم العناصر التي يتكون منها المحل التجاري «حتى إن من الفقهاء من يعتبر هذا العنصر كافيا بذاته لوجود المحل التجاري ، بصرف النظر عن وجود عناصر أخرى»^(٣).

ويلحظ بعد هذا : أن العقار ليس داخلا في عناصر المحل التجاري على الراجح ، «لأن المحل مال منقول ، فلا يسوغ ادخال العقار عنصرا فيه ، إلا إذا تقرر أن العقار يتحول إلى مال منقول ، أو يصبح منقولا بالتخصيص»^(٤).

(١) القانون التجاري للدكتور علي حسن بونس ٤٦١ ومبادئ القانون التجاري ٤٠٨/١

(٢) مبادئ القانون التجاري للدكتور مصطفى طه ٤٠٨/١ و ٤٧٦

(٣) القانون التجاري للدكتور علي حسن بونس ٤٥١

(٤) المرجع السابق ٤٦٦

الفصل الثاني الحق في القانون تعريف الحق المبحث الأول

تمهيد :

سبقت الإشارة إلى أن القانون يعتبر الاسم التجاري من جملة الحقوق، وأن هذه هي طبيعته، ولذا رتب القانون عليه ما يترتب على سائر الحقوق في الجملة، وأعطى التاجر حق الملك والاستثمار به، ومنع غيره من الاعتداء على هذه الملكية بأي صورة من صور الاعتداء.

ولما كان ذلك كذلك. لزم أن نعرف الحق وأقسامه وشيئا من متعلقاته، ولنعرف موقع الاسم التجاري من هذه الحقوق. كيما تصح المناظرة بعد ذلك عند عرض الاسم التجاري على أصول وقواعد الفقه الإسلامي، ووزنه بميزانه. تعريف الحق : تباينت تعاريف القانونيين للحق، تبعاً لمدارسهم التاريخية والموضوعية.

فعرّفه بعضهم بأنه : قدرة أو سلطة إرادية، يخولها القانون لشخص معين^(١). وعرفه بعضهم بأنه : «ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون» فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية^(٢).

وعرفه السنهاوري - بخصوص المعاملات - بأنه : «مصلحة ذات قيمة مالية، يقرها القانون للفرد»^(٣). وعرفه مطلقاً فقال : بأنه «مصلحة ذات قيمة مالية يحميها

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي ١٠٣/١ طبع وزارة الأوقاف عمان الطبعة الأولى ١٣٩٤هـ = ١٩٧٤م. الأردن. عن محاضرات في النظرية العامة للحق للشيخ أحمد أبو سنة ونظرية الحق للدكتور جميل الشرفاوي ١٢ - ٢٧ وغيرهما.

(٢) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصده ٤ الطبعة الثالثة مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٦٧ بمصر.

(٣) الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهاوري ١٠٣/١ وانظر اختلافهم في تعريف الحق في كتاب الحق ومدى سلطان الدولة للدكتور فتحي الدبريني ٦١ والملكية للدكتور عبد السلام العبادي ١٠٣

القانون» فلا يدخل إذن لا الحقوق العامة، ولا الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية؛ لأنها وإن كانت حقوقاً، ليست ذات قيمة مالية. وعلى ذلك فالتعريف يشمل الحقوق الشخصية والعينية^(١).

ومراد الذين عرفوا الحق بأنه مصلحة - وهو تعريف بالموضوع - يقتضي أن كل منفعة حق؛ لأن المصلحة هي المنفعة التي تتوجه إرادة صاحبها إلى تحقيقها بحماية وإقرار القانون، سواء أكانت منفعة مادية أم معنوية.

وعرفه آخرون بأنه: «استثثار شخص بمزية يقررها القانون له، ويخوله بموجبها أن يتصرف في قيمة معينة باعتبارها مملوكة أو مستحقة له»^(٢).

المبحث الثاني أقسام الحق

يقسم رجال القانون الحقوق إلى عدة أقسام :

- حقوق سياسية ومدنية :

فالحقوق السياسية : هي الحقوق المتقررة للأفراد باعتبار دورهم في النظام السياسي في الدولة. كحق الانتخاب والترشيح.

والحقوق المدنية : هي المصالح المتقررة للأفراد بصفة مباشرة.

- وهذه الحقوق تنقسم بدورها إلى : حقوق عامة، وحقوق خاصة.

والحقوق العامة : هي المتعلقة بكرامة الإنسان، وسلامة جسده، وحرمة مسكنه، وحقه في التملك، والتنقل، وغير ذلك.

وأما الحقوق الخاصة : فهي التي تنشأ نتيجة العلاقات والروابط الاجتماعية بين أفراد المجتمع.

- وهذه تنقسم إلى :

حقوق الأسرة، وهذه تنظمها قوانين الأحوال الشخصية.

- والحقوق المالية : وهي التي يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقد.

(١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري ١/٥ مطبعة دار المعارف ١٩٦٧ بمصر.

(٢) الملكية للدكتور عبد السلام العبادي ١/١٠٥ عن نظرية الحق للدكتور جميل الشرقاوي ٢٦

وقد قسمت هذه الحقوق الى :

حقوق عينية، وحقوق شخصية، وحقوق معنوية أو ذهنية.

والحق العيني : هو سلطة لشخص تنصب مباشرة على شيء مادي معين، كحق الملكية، ومن ثم يستطيع صاحبه أن يباشره دون واسطة شخص آخر فهذا الحق ينطوي على عنصرين : صاحب الحق ومحل الحق.

والحق الشخصي أو الالتزام : هو حق يتمثل في رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يقوم أحدهما - وهو المدين - قبل الآخر - وهو الدائن - بأداء مالي معين. كحق مشتري العقار قبل الذي يلتزم بنقل الملكية، وحق المستأجر قبل المؤجر الذي يلتزم بالتمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة^(١).

وهذه التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تفرقة أساسية في القانون المدني.

والحق المعنوي : سلطة لشخص على شيء غير مادي، كالأفكار، والمخترعات، فهي سلطة على شيء معنوي غير مادي يكون ثمرة فكر صاحب الحق أو نشاطه. - وتنقسم الحقوق العينية إلى : حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية. فالحقوق العينية الأصلية : هي التي تقوم بذاتها مستقلة، بحيث لا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه.

وهي تشمل : حق الملكية، والحقوق المتفرعة عن الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحق الحكر، وحقوق الارتفاق.

أما الحقوق العينية التبعية فهي : الحقوق التي لا توجد مستقلة، وإنما تكون تابعة لحق شخصي تضمن الوفاء به، وهي تشمل الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز^(٢).

ويعيننا وهنا : التركيز على الحق المعنوي، لصلة موضوع الاسم التجاري به، فيناسبه مزيد بيان وتوضيح.

(١) انظر : نقد هذا التعريف في مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي مقارنا بالفقه الاسلامي وأحكام المجلة للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ٤/١ وما بعدها. وانظر تقسيم الحقوق أيضا في الوسيط للسنهوري ٨/٨

(٢) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصده ٤ وما بعدها.

الفصل الثالث الحقوق المعنوية المبحث الأول تعريف الحقوق المعنوية وطبيعتها

الحق المعنوي - كما سبق القول - : حق يرد على شيء غير مادي ، سواء أكان نتاجا ذهنيا : كحق المؤلف في المصنفات العلمية أو الأدبية ، أم في المخترعات الصناعية . أم كان ثمرة لنشاط يجلب له العملاء ، أي أن الحق يرد ههنا على قيمة من القيم ، كحق التاجر في الاسم التجاري ، والعلامة التجارية ، ويترتب على هذا حق احتكار واستغلال هذه الثمرة ، أو هذا النشاط ، أو النتاج .

ويقول الدكتور السنهوري : « إن أكثر الحقوق المعنوية حقوق ذهنية ، والحقوق الذهنية حق المؤلف ، وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الأدبية والفنية ، والحقوق المتعلقة بالرسالة ، وهي ما اصطلح على تسميتها بملكية الرسائل ، وحق المخترع وهو ما اصطلح على تسميته بالملكية الصناعية .

والحقوق التي ترد على ما يتكون منه المتجر ، والتي اصطلح على تسميتها هي وسندات التداول التجارية بالملكية التجارية . ويجمع ما بين هذه الحقوق جميعا أنها حقوق ذهنية^(١) .

طبيعة الحقوق المعنوية :

اختلف رجال القانون في تكييف الحقوق المعنوية ، وتوزعت أقوالهم في ذلك إلى مذاهب متعددة .

فذهب بعضهم : إلى أن الحق المعنوي لا يعتبر نوعا من أنواع الحقوق ، بالإضافة إلى الحقين الآخرين ، وهما : الحق العيني ، والحق الشخصي ، بل هو حق داخل ضمن الحقوق العينية ، ذلك أن الحق العيني يشمل الشيء ماديا كان أو

(١) الوسيط للسنهوري ٢٧٦/٨

معنويا. ثم اختلفوا حول طبيعة هذا الحق المعنوي، هل هو حق ملكية أم لا؟ وأطلق على هذه الحقوق عدة تسميات :

فأطلق عليها اسم «الملكية الأدبية والفنية والصناعية» باعتبار أن حق الشخص على إنتاجه الذهني حق ملكية.

وقد نوقش هذا الرأي من ناحية أن الحقوق المعنوية، يرد الحق فيها على شيء غير مادي. أي لا يدخل في عالم الحسيات، ولا يدرك إلا بالفكر المجرد، فهو حتما يختلف عن الشيء المادي الذي يدرك بالحوس. ومن جانب آخر فإن «المادة تؤتي ثمارها بالاستحواذ عليها، والاستئثار بها، أما الفكر فعلى النقيض من ذلك، يؤتي ثماره بالانتشار لا بالاستئثار. فطبيعة الملكية تتنافى مع طبيعة الفكر من ناحيتين : الأولى : أن الفكر لصيق بالشخصية.

والثانية : أن الفكر حياته في انتشاره، لا في الاستئثار به، ونخلص من ذلك إلى أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية، بل هو حق عيني أصلي، يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة، وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي^(١). ومن ناحية أخرى : فإن حق الملكية حق مؤبد، في حين أن الحق المعنوي حق مؤقت بطبيعته، وذهب آخرون إلى إطلاق عنوان «الحقوق الذهنية» على هذه الحقوق، تحاشيا للملاحظات التي أبدت لفارقة حق الملكية عن الملكية المعنوية. وقد رد هذا بأن «هناك إلى جانب الأشياء المادية التي ترد عليها الملكية العادية أشياء غير مادية للتملك، بحيث إن الحقوق التي ترد عليها لا تعدو أن تكون صورا خاصة للملكية، يمكن أن يقال عنها : إنها ملكية غير عادية^(٢).

وذهب آخرون إلى إطلاق عنوان «الحقوق التي ترد على أموال غير مادية». وقد رد هذا «بأنه لم يعن ببيان الخصائص الأساسية لهذه الحقوق في المجال المالي، لإظهار الفارق بينها وبين الحقوق العينية والشخصية، إذ أن تلك الحقوق - كما هو الشأن في الأموال المادية - يمكن الانتفاع بها، والتصرف فيها، بمقتضى عقد^(٣). وذهب آخرون إلى إطلاق عبارة «الحقوق المتعلقة بالعملاء» وذلك نظرا إلى موضوع هذه الحقوق، وهو الأشياء التي من إبداع الذهن أو القيمة التجارية، وأن هذين الأمرين تتحدر قيمتهما جميعا بحسب ما يجتذب إليها من العملاء.

(١) الوسيط للسهنوري ٢٧٩/٨

(٢) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصده ٢٩٥

(٣) المرجع السابق

وقد أخذ على هذا الإطلاق : أنه قد يصدق على الحقوق التي ترد على قيم تجارية، كالاسم التجاري مثلا، لكنه لا يصدق على حقوق المؤلفين بذات الدرجة؛ لأنها قد تكون إنتاجا ذهنيا مستقلا، كحق المؤلف الأدبي المتميز عن الحق المالي. ورجّح آخرون أن طبيعة الحق المعنوي أنه «صورة خاصة من الملكية»، باعتبار أن عناصر الملكية موجودة في هذا النوع من الحقوق، "فلا مفر من التسليم بأننا بصدد حق ملكية، وكل ما هنالك أن الملكية هنا تعتبر صورة خاصة للملكية، حيث أنها ترد على شيء غير مادي. ومقتضى هذا الفارق أن تخص الملكية المعنوية بأحكام تختلف عن أحكام الملكية العادية، ولا يقدر في هذا النظر أن يقال : إن الحق المعنوي في أغلب صورته ليس مؤبدا، لأن التأيد ليس خاصية جوهرية لحق الملكية"^(١).

المبحث الثاني حقوق الملكية الصناعية (الابتكار والاسم التجاري)

تعريف حقوق الملكية الصناعية : هي حقوق استئثار صناعي. أي هي حقوق تحول صاحبها أن يستأثر قبل الكافة باستغلال ابتكار جديد، أو استغلال علامة مميزة.

وتهدف حقوق الملكية الصناعية إلى الاتصال بالعملاء عن طريق استئثار المنتج باستغلال ابتكار جديد، أو تمييز منتجاته أو متجره بعلامات مميزة. وعلى هذا "فتشمل حقوق الملكية الصناعية : براءات الاختراع، والعلامات التجارية المميزة، والرسوم، والنماذج الصناعية"^(٢).

فحقوق الملكية الصناعية نوعان رئيسان :

حقوق الاختراع والابتكار، وحقوق العلامات التجارية والرسوم.

أولا : حق الاختراع والابتكار : وهو الحق فيما يسمى "براءة الاختراع"، وهي من أقدم أسناد الملكية الصناعية"^(٣). وهي جهد ذهني أدى إلى إيجاد شيء أو نظرية لم

(١) حق الملكية للدكتور عبد المنعم الصده ٢٩٧ والوسيط ٢٨١/٨

(٢) القانون التجاري على حسن يونس ٤٥٧

(٣) الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية للدكتور صلاح الدين الناهي ٦٠ الطبعة الأولى دار الفرقان ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م الأردن.

يكن معروفا. واصطلح على تسمية ذلك حقوق الملكية الفنية والأدبية، وهذه الحقوق تنشأ في البيئة العلمية والأدبية والفنية. وقد يمتد استغلال تلك الحقوق إلى البيئة التجارية.

وحقوق الملكية الصناعية التي تقوم على ابتكارات جديدة قد تتعلق بابتكار من حيث موضوع المنتجات. وهي براءة الاختراع، وقد تتعلق بابتكار جديد من حيث شكل المنتجات، وتلك هي الرسوم والنماذج الصناعية.

وعلى هذا فموضوع الحق في براءة الاختراع، غير موضوع الحق في حق الرسوم والنماذج الصناعية.

فالحق في الأول : ينصب على ابتكار جديد من حيث الموضوع، فيستأثر صاحبه برخصة صناعية جديدة فيحتكر إنتاجا صناعيا جديدا.

وأما في الثاني : فعنصر الابتكار يرد على الشكل الذي تصب فيه المنتجات، كرقم، أو لون مبتكر في ثوب، أو زخرفة، أو نماذج جديدة لتصميم سيارة، وما إلى ذلك من المظاهر الخارجية.

ثانيا : العلامات التجارية والرسوم : حق الملكية الصناعية والتجارية يتضمن حق المنتج في احتكار استعمال علامة تميز منتجاته، أو تميز متجره أو تميز بلد الإنتاج. فحق المنتج في احتكار علامة المصنع أو المتجر هو الحق في الاسم التجاري.

أما الرسوم والنماذج الصناعية : فيقصد بها تلك اللمسات الفنية، والرسوم، والألوان، والشكل المنتج، والتي من شأنها أن تستجلب نظر واهتمام العملاء، وحرصهم بعد ذلك على هذا النوع من البضاعة. وهي بهذه الصفة تجمع بين أمرين :

النموذج الصناعي : وهي هذه الرسوم والنماذج أو القوالب الصناعية التي تتميز بها هذه البضاعة.

والنموذج الفني : وهي الناحية الجمالية والذوقية التي تحملها وتمثلها هذه الرسوم والأرقام، وما إلى ذلك.

والرسوم والنماذج الصناعية ترتبط بمظهر المنتج الخارجي، ولا علاقة لها بموضوع المنتج.

ومن هنا يتضح الفرق : بين الابتكار، والرسوم أو النماذج الصناعية. فالابتكار هو اكتشاف منتج جديد على غير سابق مثيل، بينما إخراج هذا المنتج بشكل وطابع وتصميم فني وجمالي : هو النموذج الصناعي.

ولهذا فقد يكون الارتباط بين الابتكار أو الاختراع ، وبين الرسوم والنماذج الصناعية وثيقا ، لا يمكن فك الارتباط بينهما . فيكون الحق في الرسوم والنماذج تابعا لحق الاختراع لأنه الأصل .
وقد لا يكون بينهما مثل هذا الترابط ، فيكون لكل منهما صفته وما يتبعها من حقوق^(١) .

التكييف القانوني لحقوق الملكية الصناعية :

جرى الفقه القانوني على تقسيم الحقوق المالية - كما سبقت الإشارة - إلى حقوق عينية وحقوق شخصية .
والحق العيني : أرادوا به سلطة مباشرة لشخص معين .
والحق الشخصي : هو رابطة قانونية بين شخصين . أحدهما دائن والآخر مدين ، ولقد اتجه الفقه باديء الأمر إلى إدخال هذه الحقوق في دائرة الحقوق العينية ، لما سواه من تشابه بين حق الملكية ، وحق الملكية الصناعية ، من حيث أن كلا منهما يعطي صاحبه سلطة احتكار واستغلال الشيء موضوع الحق^(٢) .
لكنهم رأوا فيما بعد ذلك أن هذا التشابه لا يكفي في إلحاق الحقوق الصناعية بالحق العيني ، ذلك أن الحق العيني سلطة لصاحب الحق على شيء معين بذاته ، أما حقوق الملكية الصناعية - كبراءة الاختراع - فيرد على شيء غير مادي له قيمة اقتصادية ، أما ملكيته للألة فهي حق ملكية يرد على شيء مادي .
وهذا فارق جوهري بين طبيعة كل من الحقين ، ومتى اختلف الموضوع بين أمرين لم يعد من اللائق الجمع بينهما في طبيعة واحدة .
ومن جانب آخر ذهب فقهاء القانون إلى أن حقوق الملكية الصناعية تختلف عن الحقوق الشخصية : باعتبارها تمثل علاقة أو رابطة قانونية بين دائن ومدين ، بينما حقوق الملكية الصناعية تمثل سلطة استئثار باستغلال ابتكار جديد أو علامة مميزة .
ونظرا لهذا الاختلاف بين حق الملكية الصناعية من حيث طبيعتها ، وبين الحقوق العينية والحقوق الشخصية ، ناسب إضافة قسم ثالث يمكن أن يندرج تحته

(١) التشريع الصناعي ١٣٦ وما بعدها والوجيز في الملكية الصناعية والتجارية للدكتور صلاح الدين الناهي ٢١١ بتصرف .

(٢) التشريع الصناعي للدكتور محمد حسني عباس ١٣ وما بعدها وحق الملكية للدكتور عبد المنعم الصده ٢٩٤ والوجيز في الملكية الصناعية والتجارية للدكتور صلاح الدين الناهي ١٧

حق الملكية الصناعية، وحق الملكية الأدبية والفنية، واصطلح على تسميته «حقوق الملكية المعنوية» كما سبقت الإشارة.

ولكن وجد أن هذه التسمية فيها قصور عن التعبير عن طبيعة هذه الحقوق، من حيث أن حق الملكية يتضمن عناصر ثلاثة : هي الاستعمال، والاستغلال، والتصرف. وهذه لا تتوافر جميعها في حقوق الملكية الصناعية. فالحق في براءة الاختراع لا يتضمن عنصر الاستعمال، لأنه غير مادي حتى يمكن استعماله لخاصة نفسه.

ومن ناحية ثانية وجد أن الحق في براءة الاختراع، والحق في الرسوم والنماذج الصناعية، وحقوق الملكية الأدبية والفنية، كلها حقوق مؤقتة.

ولذا رأى بعض القانونيين وضع اصطلاح آخر لهذه الحقوق سمي «الحقوق الخاصة بالإنتاج الذهني» باعتبار أن جوهر وموضوع هذه الحقوق هو الابتكار الذهني.

وقد رد هذا الرأي أيضا، لأنه لا يطابق الواقع في كل الحالات، فإن الابتكار ليس هو العنصر الجوهرى في العلامات المميزة التي تكون محلا للحق في العلامة التجارية، أو الصناعية، أو الاسم التجاري، بل إن جوهر الحق هنا إنما يدور حول مجرد «العلامة المميزة» للمتجر أو المنتجات.

ورأى آخرون : أن حقوق الملكية الصناعية ما دامت استثنائا صاحب الحق باستغلال حقه قبل العملاء والاتصال بهم، فهذا موضوع هذه الحقوق، ولذا أطلقوا على هذه الحقوق «حقوق الاتصال بالعملاء».

وقد رد هذا الرأي أيضا في تكيف هذه الحقوق بأن «حقوق الاتصال بالعملاء» هو عنصر من عناصر المتجر، وأن هذا الاصطلاح يقتصر على حقوق الملكية الصناعية دون حقوق الملكية الأدبية والفنية، فهو اصطلاح قاصر^(١).

ويرى البعض : أن التكيف القانوني الصحيح لهذه الحقوق هي «أنها من قبيل الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية»^(٢). وقد أخذ على هذا الاتجاه أنه لم يعن بيان الخصائص الأساسية لهذه الحقوق في المجال^(٣)، لإظهاره الفارق بينها وبين الحقوق العينية والشخصية.

(١) التشريع الصناعي ١٧ وما بعدها والملكية للدكتور عبد المنعم الصده ٢٩٥ بتصرف

(٢) الملكية للدكتور عبد المنعم الصده ٢٩٦ والتشريع الصناعي ٢٢

وعلى هذا فالحقوق المعنوية مهما اختلفت في طبيعتها إلا أن عناصرها التي لا خلاف في وجودها في هذه الحقوق ثلاثة، يشير مجموعها إلى أن هذه الحقوق هي حقوق ملكية خاصة، لأنها ترد على شيء غير مادي.

وهذه العناصر الثلاثة هي :

«الأول : أنها ترد على شيء معنوي أو غير مادي.
والثاني : أن هذا الشيء يكون ثمرة لعمل صاحب الحق الذهني أو لنشاطه، فهو إما أن يكون نتاجا ذهنيًا، أو قيمة من القيم التجارية.
والثالث : أنها تخول صاحبها احتكار استغلال ذلك النتاج، أو هذه القيمة، سواء بالانتفاع أو بالتصرف^(١)».

المبحث الثالث حق المنفعة

يعتبر موضوع «المنفعة» موضوعا وثيق الصلة بموضوع الاسم التجاري وما في حكمه، بل هو صلب الموضوع، ذلك أنه إذا ثبت أن الاسم التجاري منفعة، فسينطبق عليه أحكام «حق المنفعة»، ومن هنا لزم معرفة المنفعة بتحرير معناها كحق، وبيان أحوالها وأحكامها.

تعريف حق المنفعة : حق المنفعة هو حق استغلال أشياء يملكها شخص آخر، كما يستغلها المالك نفسه، لكن بشرط المحافظة على كيانها، ويعرف أيضا بأنه : الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لردّه إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع^(٢).

ويترتب على حق المنفعة أمور :

أولا : أنه حق عيني، ولذلك عاجله القانون ضمن الحقوق المتفرعة عن حق

(١) الملكية للدكتور عبد المنعم الصده ٢٩٧

(٢) الوسيط للسهورى ٩ / ١٢٠١

الملكية، ويترتب على اعتباره حقا عينيا جواز الاحتجاج به على الناس كافة^(١).
ثانيا : أنه حق ينتهي بموت المنتفع، فإذا مات المنتفع يرجع حق الانتفاع إلى مالك الرقبة، فإن حدد حق المنفعة بأجل أنتهى حق المنفعة بانتهاء الأجل. فإن مات المنتفع قبل انقضاء الأجل فإن حق المنفعة ينتهي بالرغم من عدم انقضاء الأجل.
ثالثا : أنه حق يقع على شيء غير قابل للاستهلاك؛ لأن الشيء محل الانتفاع يجب رده إلى المالك عند انتهاء حق الانتفاع.

أسباب كسب حق المنفعة :

يكسب حق المنفعة بالعقد، والوصية، والتقادم.
فالعقد يعتبر سببا لكسب حق المنفعة. ويلزم تجديد مدة حق المنفعة في العقد، فإن لم تُجدد عُددُ مقررا مدى حياة المنتفع، وهو ينتهي على كل حال بموت المنتفع، حتى قبل انقضاء المدة المحددة له.

والوصية : ويكون كسب حق المنفعة بطريق الوصية، بأن يوصي مالك العين بالرقبة لشخص معين، فيبقى حق الانتفاع للورثة.

وأما التقادم : فيصلح أن يكون سببا لكسب حق المنفعة، لأنه في حكم الحيازة الواردة على حق المنفعة دون العين، فإذا كانت الحيازة منصبة على العين فإنها تكون في هذه الحالة سببا لكسب ملكية العين بما فيها حق المنفعة^(٢).

(١) ورغم أن حق المنفعة كحق الإيجار حق في الانتفاع إلا أنه بينهما الفروق التالية :
أولا : أن المنتفع له حق عيني يقع مباشرة على الشيء المنتفع به ولا يتوسط بينهما مالك الشيء، ويترتب على ذلك أن المالك ليس ملزما قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع، بل إن كل ما عليه هو ألا يتعرض للمنتفع في مباشرته لحقه. أما حق المستأجر فانه حق ينصب في ذمة المؤجر، ولهذا يتوجب على الأخير (أى المؤجر) أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة.
ثانيا : لما كان حق المنفعة عينيا لذلك فهو يعتبر حجة على الناس كافة. في حين أن حق المستأجر لا يكون حجة إلا على المؤجر وخلفه العام لأنه حق شخصي.
ثالثا : أن حق المنفعة قد يكون عقاريا أو منقولا بحسب العين التي ينصب عليها هذا الحق. وإذا كان عقاريا جاز للمنتفع رهنه تأمينا. في حين أن حق المستأجر لا يجوز رهنه تأمينا ولو كانت العين المؤجرة عقارا؛ لأن هذا الحق شخصي ولا يعتبر مالا عقاريا بل مالا منقولا. انظر : محاضرات في الحقوق العينية الأصلية للدكتور سعيد عبد الكريم مبارك ٢٧٠ طبع دار الطباعة الحديثة ١٩٦٩ م ١٩٧٠م البصرة.

(٢) المرجع السابق ٢٧٠ - ٢٧٤ وحق الملكية للدكتور عبد المنعم الصده ٧٩٦ بتصرف

حقوق المنتفع :

تتلخص حقوق المنتفع في الآتي :

- ١ - حق الاستعمال : ويشمل حينئذ الشيء المنتفع به وتوابعه، كالأرض المنتفع بها مع حقوق الارتفاق.
- ٢ - حق الاستغلال : وهو الحصول على ثمار الشيء وغلته مدة انتفاعه به .
- ٣ - حق التصرف : فللمنتفع أن يتصرف في حقه بمقابل أو بدون مقابل ، فله أن ينقل حقه إلى الغير بالبيع أو التنازل، وله أن يؤجر العين محل الانتفاع^(١).

المبحث الرابع المال والشيء

المال : هو الحق ذو القيمة المالية سواء أكان عينيا، أم شخصا، أم حقا من حقوق الملكية الأدبية، والفنية، والصناعية.

والشيء هو محل الحق، سواء أكان ماديا، أم غير مادي^(٢).

فالشيء محل الحق - والحال هذه - متنوع، كالحقوق العينية الأصلية والتبعية، والحقوق الشخصية، وحقوق الملكية الأدبية، والفنية، والصناعية، والتجارية.

وقد قسم القانونيون الأشياء إلى : أشياء قابلة للتعامل، وأشياء غير قابلة للتعامل.

وهذا القسم الأخير، وإن سمي شيئا إلا أنه لا ترتب عليه حقوق مالية.

ويتنوع الشيء غير القابل للتعامل إلى نوعين :

الأول : الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها، وهي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، فيمكن أن ينتفع بها كل الناس، من غير أن يحول انتفاع بعضهم دون انتفاع بعضهم الآخر، كالهواء وماء البحر.

والثاني : الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون، وذلك إما لأغراض صحية، أو اجتماعية، كالمنع من التعامل بالمحظور من الحشيش والأفيون، وإما لتعلق المنافع المشتركة لجميع الناس ببعض الأشياء، كالمنع من التعامل بالأموال العامة، كالطرق والحدائق^(٣).

(١) محاضرات في الحقوق العينية الأصلية للدكتور سعيد عبد الكريم مبارك ٢٧٥ بتصرف

(٢) الوسيط للسهورى ٨/٨

(٣) الملكية للدكتور عبد السلام العبادى ١٩٤/١ عن الأعمال التحضيرية للدكتور عبد الرزاق

السهورى ٤٦٠/١

الفصل الرابع الحق في الفقه الإسلامي

تمهيد :

هذا هو القسم الثاني في الموضوع ، وهو الجانب الشرعي منه بعد أن اتضح موضوع الاسم التجاري وما في حكمه من جميع جوانبه القانونية حتى أصبح تكييفه ووزنه بميزان الشرع أمراً صحيحاً علمياً ، لا يبتناؤه على تصور قانوني شامل لموضوعه ، مادام المطلوب بيان الحكم الشرعي لما عليه الاسم التجاري في القانون الوضعي .

المبحث الأول تعريف الحق

الحق لغة : ذكر اللغويون للحق معاني كثيرة ، أخصها : أنه خلاف الباطل ، والموجود الثابت ، يقال : حققت الأمر أحقه : إذا أوجبته ، أو جعلته ثابتاً ، أو تيقنته^(١) .

وفي الاصطلاح : عرفه عبد العزيز البخاري بما لا يخرج عن المعنى اللغوي فقال : «الموجود من كل وجه ، الذي لا ريب فيه في وجوده . ومنه : السحر حق ، والعين حق ، أي موجود بأثره» ثم قال : «وحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة»^(٢) .

وقال الدسوقي : «الحق جنس يتناول المال وغيره»^(٣) .

(١) لسان العرب لابن منظور والمصباح المنير مادة : حق .

(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوي للامام عبد العزيز البخاري ١٣٤/٤ طبعة ١٣٩٤ هـ = ١٩٧٤ م بمصر - والبحر الرائق شرح كنز الدقائق للامام زين الدين بن نجيم ١٤٨/٦ الطبعة الثانية بمصر .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٥٧/٤

وعرفه القاضي حسين بقوله : «الحق : اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعا»^(١).

وعرفه الشيخ علي الخفيف بأنه : «ما ثبت لإنسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه»^(٢).

وعرفه الشيخ مصطفى الزرقا بأنه : «اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا»^(٣).

وهذه التعاريف تلتقي في بيان حقيقة الحق ، غاية ما هنالك أن بعضها راعى موضوع الحق ، وأنه مصلحة ، وبعضها راعى صاحب المصلحة ، من حيث اختصاصه ، وتصرفه بموضوع الحق .

والذي نراه في تعريفه أنه : «مصلحة شرعية تخول صاحبها الاختصاص أو ترتب التكليف» .

والرأى بهذا التعريف لما يتضمنه لموضوع الحق ، وهو المصلحة ، وما يترتب على ذلك من علاقة أو اختصاص لصاحب المصلحة ، فردا كان أو جماعة ، تحولة سلطة ومنعا للغير من الاعتداء على هذا الحق ، سواء أكان سلطة أو ولاية على شخص ، أو على شيء ، أو هي تكليف من الله على عباده ، أو فيما بين العباد أنفسهم .

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد السلام العبادي ٩٦ عن كتاب طريقة الخلاف بين الشافعية والحنفية للقاضي أبي علي الحسين بن محمد المروزي مخطوط بدار الكتب المصرية رقم ١٥٢٣ وقال الدكتور عبد السلام عن هذا التعريف : ان له وزنه وقيمه العلمية من عدة نواح : الأولى : أنه عرف الحق بأنه اختصاص ، وهو تعريف يبرز ماهية الحق بشكل يميزه عن غيره ، الثانية : أن تعريف الحق بأنه اختصاص يتفق مع آخر ما وصل اليه البحث القانوني . الثالثة : أن وصف هذا الاختصاص بأنه «مظهر . .» يبين أن طبيعة هذا الاختصاص تقوم على وجود آثار وثمار يختص بها صاحب الحق دون غيره في الأشياء التي شرع الحق فيها ، وهي قد تكون مادية أو معنوية .

الرابعة : أنه تعريف أحد فقهاء القرن الخامس الهجري مما يدل على أن فقهاء الشريعة القدامى عرفوا الحق تعريفا صحيحا .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ٢٨ الطبعة الثانية ١٣٦٣ هـ = ١٩٤٤ م . بمصر

(٣) المدخل الى نظرية الالتزام العامة للشيخ مصطفى الزرقا ١١/٢ الطبعة الثالثة مطبعة الجامعة ١٣٧٧ هـ = ١٩٥٨ م دمشق .

المبحث الثاني أقسام الحقوق عند الأصوليين والفقهاء

قسم الأصوليون الحقوق بالنظر إلى مستحقها إلى أقسام :
أولها : حق الله ، وهو : « ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم ، فلا يختص به واحد دون واحد » وإضافته الى الله تعالى لتعظيم خطره ، وشمول نفعه ، لا للملك والاختصاص ، لاستواء العالم فيه ، ولا للنفع والضرر لتعاليه .
ثانيها : حق العبد : « ما يتعلق به مصلحة خاصة » كحرمة مال الغير ، ولهذا يباح ماله بإباحة المالك ، ولا يباح الزنا بإباحة المرأة .
ثالثها : اجتماع الحقين ، فقد يجتمع الحقان ، وحق الله غالب ، وقد يجتمعان وحق العبد هو الغالب^(١) .

ويرى الإمام القرافي وغيره - وهو الصواب - : أن حق العبد متضمن في حق الله ، لأن الحقوق جميعا مرجعها إلى الله تبارك وتعالى ، فيقول : « ما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى » .
فيوجد حق الله تعالى دون حق العبد ، ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله^(٢) ، أي فيبينهما عموم وخصوص مطلق ، ثم بين علامة التفريق بين الحقين بقوله : « وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط ، فكل ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد »^(٣) .

(١) شرح المنار وحواشيه من علم الأصول للإمام عبد العزيز بن ملك على متن المنار للإمام عبد الله حافظ الدين النسفي وعليه حاشيتا الامامين عزمي زاده وابن الحلبي ٨٨٦ طبع دار سعادة ١٣١٥ استانبول والبحر الرائق شرح كنز الدقائق للإمام زين الدين ابن نجيم ١٤٨/٦ الطبعة الثانية وكشف الأسرار للبزدوي ١٣٤/٤ .

وحقوق الله تعالى ثمانية أنواع : عبادات خالصة كالإيمان وفروعه ، وعقوبات كاملة كالحدود وعقوبات قاصرة مثل حرمان الميراث ، وحقوق دائرة بين العبادات والعقوبة كالكفارات ، وعبادة فيها معنى المؤنة كصدقة الفطر ، ومؤنة فيها معنى العبادات كالعشر ، ومؤنة فيها معنى العقوبة كالخراج ، وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم والمعادن . انظر : المرجع ذاته .

(٢) الفروق للإمام شهاب الدين القرافي ١/١٤١ مطبعة دار احياء الكتب العربية الطبعة الأولى ١٣٤٦ هـ بمصر .

(٣) المرجع السابق

وقال الشاطبي : «إن كل حكم شرعي ليس بخال عن حق الله تعالى ، وهو جهة التعبد ، فإن جاء ما ظاهره أنه حق للعبد مجردا ، فليس كذلك بإطلاق ، بل جاء على تغليب حق العبد في الأحكام الدنيوية»^(١).

وعلى هذا ينقسم الحق بالنظر إلى التكاليف الشرعية أقساما :
أولها : ما كان حق الله تعالى فيه خالصا ، كالإيمان .

وثانيها : ما كان حق العبد فيه خالصا كالديون .

وثالثها : ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب ، كحد القذف .

ورابعها : ما اجتمع فيه الحقان ، وحق العبد غالب ، كالقصاص^(٢).

ويقسم الفقهاء الحقوق باعتبار مضمونها : إلى حقوق مالية ، وحقوق غير مالية .

فالحقوق المالية : هي المتعلقة بالأموال ومنافعها ، وهذه تشمل الحقوق الواردة على الأعيان والمنافع والديون .

والحق قد يكون حقا ماليا شخصيا ، إذا كان حقا شرعيا لشخص على آخر ، كحق المشتري في تسلم المبيع وحق البائع في تسلم الثمن .

وقد يكون الحق ماليا عينيا إذا كان حقا شرعيا لشخص على شيء «فإذا اغتصب شخص شيئا من آخر ، فإن حق المغصوب منه المتعلق بهذا الشيء حق عيني ، أما حق المغصوب منه قبل الغاصب في أن يرد الشيء المغصوب فهو حق شخصي»^(٣).

والحقوق غير المالية : هي التي لا تعلق لها بالمال ، كحق ولي المقتول في القصاص والعفو .

وهذا التقسيم مأخوذ من جملة تقسيمات الفقهاء للحقوق .

وقد قسم ابن رجب : الحقوق الى خمسة أنواع :

أحدها : حق ملك ، كحق السيد في مال المكاتب .

(١) الموافقات في أصول الأحكام للإمام أبي إسحاق إبراهيم اللخمي الشاطبي ٣٣٣/٢ مطبعة المدني بمصر .

(٢) المنار وشروحه ٨٨٦ والفروق ١/١٤٠ و ١٤١ مع مراعاة أن الفقهاء مختلفون في تغليب أى الحقين في بعض الفروع . كما في حد القذف .

(٣) الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود للدكتور بدران أبو العينين بدران ٣٠١ نشر مؤسسة شباب الجامعة بمصر .

والثاني : حق تملك ، كحق الأب في مال ولده .
والثالث : حق الانتفاع ، كوضع الجار خشبه على جدار جاره ، اذا لم يضرب به .
والرابع : حق الاختصاص : وهو عبارة عما يختص بالانتفاع به ، كمرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها ، كالدكاكين المباحة ونحوها ، فالسابق إليها أحق بها .

والخامس : حق التعلق لاستيفاء الحق ، كتعلق حق المرتهن بالرهن ، وتعلق حق الغرماء بالتركة^(١) .

وقال ابن قدامة : «الحقوق على ضربين :
أحدهما : ما هو حق لأدمي ، والثاني : ما هو حق لله تعالى .
فحق الأدمي ينقسم قسمين :
أحدهما : ما هو مال ، أو المقصود منه المال .
الثاني : ما ليس بمال ، ولا المقصود منه المال ، وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين ، كالقصاص ، وحد القذف ، والنكاح ، والطلاق . . .
والضرب الثاني : حقوق الله تعالى ، وهي نوعان :
أحدهما : الحدود .
الثاني : الحقوق المالية ، كدعوى الساعي الزكاة على رب المال ، وأن الحول قد تم ، وكمل النصاب^(٢) .

ويقسم الفقهاء الحقوق إلى : حق مجرد ، وحق غير مجرد أو متقرر .
فالحق المجرد : ما كان غير متقرر في محله ، أي لم يقم بمحل ، ولم يتقرر في ذات ، كحق الشفعة ، فإنه نوع من الولاية ، أعطيت للشفيع في أن يملك العقار بعد أن يملكه المشتري ، ومثله حق المرور بالنسبة للطريق . .
وغير المجرد : هو ماله تعلق بمحله تعلق استقرار ، بمعنى أن لتعلقه أثرا أو حكما قائما

(١) القواعد في الفقه الإسلامي ، للإمام عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ١٢٠٠ القاعدة الخامسة والثمانون بتصرف الطبعة الأولى ١٣٩٢هـ = ١٩٧٣ بمصر .

(٢) المغني ٢١٣/١٠ و ٢١٤ .

يزول بالتنازل عنه، وذلك كحق القصاص، فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمه، ومع قيامه يكون غير معصوم بالنسبة لولي القصاص، ولكن بالتنازل عنه يصير معصوم الدم^(١).

والحقوق المجردة عند الحنفية لا يجوز الاعتياض عنها، ولذا قالوا : لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة عن الملك، كحق الشفعة، وقال في البدائع : الحقوق المفردة لا تحتمل التملك. ولا يجوز الصلح عنها، وأضاف ابن عابدين قوله : وكذا لا تضمن بالإتلاف، قال في شرح الزيادات للسرخسي : وإتلاف مجرد الحق لا يوجب الضمان، وعلل لذلك بأن الاعتياض عن مجرد الحق باطل، إلا إذا فوت حقا مؤكدا، فإنه يلحق بتفويت حقيقة الملك في حق الضمان، وهذا القيد يقرب مذهب الحنفية هنا إلى رأي من قال بجواز الاعتياض دون تفصيل بين الحقوق.

وألق الزيلعي وابن نجيم بعدم جواز الاعتياض عن حق الشفعة، الاعتياض عن الوظائف في الأوقاف، واستثنى من قاعدة عدم جواز الاعتياض عن الحقوق المجردة حق القصاص، وملك النكاح، وحق الرق، فإنه يجوز الاعتياض عنها.

وتنازع الحنفية في عدم قبول الاعتياض عن الوظائف، نظرا لاعتبار كثير منهم للعرف الخاص، وهذا منه، وعليه أفتوا بجواز النزول عن الوظائف بمال^(٢). وهذا يشير إلى أن ما كان عرفا عاما، أو كان عرفا خاصا يتضمن منفعة مشروعة، فإنه يجوز الاعتياض عنه بالمال. ومن جنس ما استثنى حقوق الارتفاق كحق العلو، والشرب، والمسيل كما سيأتي بيانه.

(١) أحكام المعاملات، للشيخ علي الخفيف ٢٩ بتصرف.
وقد قسم الشيخ مصطفى الزرقا الحقوق العينية في الفقه الإسلامي وما أسماه بالحقوق شبه العينية بناء على التمييز بين الحق العيني والشخصي - كما ستأتي الإشارة إليه - إلى أنواع : حق الملكية وحق الانتفاع، وحقوق الارتفاق، وحق الارتهان، وحق الاحتباس، وحق الرقبة وحقوق القرار على الأوقاف.

انظر : مصادر الالتزام ٣٨/٢ وما بعدها
(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار، وشرح تنوير الأبصار، للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين ٥١٨/٤ و ٥١٩ بتصرف - الطبعة الثانية مصطفى الحلبي ١٣٨٦هـ = ١٩٦٦م بمصر.

المبحث الثالث الحق الشخصي والعيني في الفقه الإسلامي

تقسيم الفقهاء :

لم يقسم الفقهاء المسلمون الحقوق قسمة القانون الروماني والقوانين الغربية إلى حق شخصي، وحق عيني، واستعاضوا عن ذلك بتقسيم آخر. ولذلك لا تظهر التفرقة بين الحق الشخصي والعيني في الفقه الإسلامي.

يقول الدكتور السنهوري : «إن التفرقة بينهما لا تظهر في الفقه الإسلامي، وإنما يتكلم الفقهاء عن التمييز بين الدين والعين، وهو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، فالدين ليس كل الحق الشخصي، بل هو صورة من صورته، والعين تستغرق الحق العيني، وبعضاً من الحق الشخصي هو الالتزام بالعين، ومن ثم فالدين أضيق من الحق الشخصي، والعين أوسع من الحق العيني.

ثم قال : ولا حاجة - إطلاقاً - للقول بأن الفقه الإسلامي يعرف التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، بل يجب - على النقيض من ذلك - إبراز أن التمييز بين الدين والعين وهو التمييز الذي يعرفه الفقه الإسلامي هو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه الغربي، المشتق من القانون الروماني، فلكل فقه صناعته التي يتميز بها^(١).

ويقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : «إن الفقه الإسلامي لا يعرف تقسيم الحقوق المالية إلى حقوق عينية، وحقوق شخصية أو التزامات، أو هو على الأقل لا يعرف هذا التقسيم بالمفهوم والأبعاد التي يتضمنها هذا التقسيم عند المعاصرين من رجال القانون، وغني عن البيان : أنه لا يوجد في ذلك أي تقليل من شأن الفقه الإسلامي، أو تفضيل للفقه الغربي عليه، فلكل نظام فنه وأساليب صناعته، وطرق صياغته»^(٢).

(١) مصادر الحق للسنهوي ١٨/١ - ١٩ وبعد عبارته تلك قال : «وفي هذا دليل واضح على أن الفقه الإسلامي لا تربطه بالقانون الروماني صلة».

(٢) مصادر الالتزام، للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ١٨/١

وقل الأستاذ الزرقا : إن الفقهاء المسلمين لم يصوغوا نظرية ممهدة مستقلة للتمييز بين الحق الشخصي والحق العيني، وهذا راجع إلى اختلاف مبنى الترتيب والصياغة بين الفقه الإسلامي، والفقه الأجنبي^(١).

ثم قال : «والواقع أن فقهاءنا قد ميزوا بين الحقين في جميع المسائل التي يقتضي هذا التمييز فيها اختلاف الأحكام...»^(٢).

وقال الشيخ علي الخفيف بعد ذكر تقسيم الحق عند القانونيين : «إن الفقه الإسلامي لا يتنكر لهذه القسمة، وإن لم يولها عناية أوجبته الإشارة إليها منه . وإذا كان الفقه الإسلامي لم يشر إلى هذه الأنواع ولم يعرض لهذه القسمة، فإنه عرف هذه الأنواع بأسماء أخرى»^(٣).

ويقول الشيخ أبو سنة بعد ذكر أقسام الحقوق في القانون : «والشريعة لا تعارض في هذا الاصطلاح، لأنه مجرد تنظيم، ما دام يفصل في كل حق بحكم الله، غير أن الأقسام التي ذكرها علماء الشريعة مبنية على اختلاف الخصائص والأحكام الشرعية لكل قسم، وهي وافية بالأغراض القضائية والديانية»^(٤).

وذكر الشيخ أبو سنة : أن الفقه الإسلامي حين قسم الحقوق إلى حقوق متعلقة بالعين وحقوق ثابتة في الذمة، اعتبرها حقوقا مالية أحيانا وغير مالية أحيانا، أخرى.

فالحق قد يكون ماليا أو غير مالي، كحق الأب في الولاية على أولاده، وحق الأم في حضانه طفلها، فهما حقان غير ماليين، وهما متعلقان بالعين، وحق الله تعالى في وجوب الصلاة على المكلف حق غير مالي، وهو ثابت في الذمة^(٥).

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام للشيخ مصطفى الزرقاء ٣٤/٢ و ٣٥

(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام مصطفى الزرقا ٣٤/٢ و ٣٥

(٣) الملكية في الشريعة الإسلامية ١٣/١ - ١٤

(٤) الملكية للدكتور عبد السلام العبادي ١١٧ عن النظريات العامة، للشيخ أحمد أبو سنة ٧٧

(٥) الملكية للدكتور عبد السلام العبادي ١١٧ عن النظريات العامة للشيخ أحمد أبو سنة ٧٣

وعلى هذا يمكن القول : إن الفقه الإسلامي لم يجد حاجة إلى تقسيم الحقوق إلى حق شخصي وحق عيني ، واستعاض عن هذا التقسيم بتقسيم الحقوق إلى حق متعلق بالعين ، وهو المسمى الحق العيني ، وحق متعلق بالذمة وهو المسمى بالدين ، وإن كلام الفقهاء في العين والدين يختلف عن كلام القانونيين في الحق الشخصي والحق العيني . وأن مرادهم بالعين ما هو أوسع من مراد القانون من الحق العيني ، «فهو تشمل الحق العيني ، وبعضاً من الحقوق الشخصية ، وهي الالتزام بالعين ، مثل الالتزام بتسليم عين معينة وحفظها ، وهذا راجع إلى أن العين محلها كل ذات محددة ، سواء أكان ذلك لتمليكها ، أم تملك منفعتها ، أم تسليمها ، أم حفظها .

وأما الدين : فهو كل حق محل مبلغ من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، فهو أضيق من مفهوم الحق الشخصي الذي هو رابطة بين شخصين ، تحول أحدهما مطالبة الآخر بالقيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل ، أو إعطاء شيء ، مثلاً كان أم غير مثلي ، فالدين في الفقه الإسلامي صورة من صور الحق الشخصي^(١) .

المبحث الرابع الحقوق المعنوية

لم يكن القانون الوضعي يعرف الحقوق المعنوية - كما سبق البيان - وإنما هي حقوق من نتاج التطور الحضاري ، لاسيما في المجال الثقافي والصناعي . وقد رأينا كيف أن القانونيين قد اختلفوا في تحديد طبيعة الحقوق المعنوية . فقد اعتبرها البعض من الحقوق العينية ، باعتبار أن الحقوق العينية تشمل ما كان مادياً أو معنوياً ، واختلفوا بعد ذلك في اعتبار هذا الحق من حقوق الملكية ، فيسري عليه ما يسري على حق الملكية؟ أم أن طبيعته تجعله حق ملكية خاص؟

وذهب بعضهم إلى أن الحقوق المعنوية حق عيني أصلي مستقل عن حق الملكية ، لئلا من مواصفات وطبيعة تختلف عن طبيعة حق الملكية .

(١) بين الشريعة والقانون الروماني د. صوفي أبو طالب ١٦٣ وما بعدها . طبع مكتبة نهضة مصر .

والفقه الإسلامي لم يعرف هذا النوع من الحقوق المسماة بـ «الحقوق المعنوية» و «الحقوق الأدبية والصناعية والتجارية»^(١) إذ لم يكن له وقائع أحوال تحتاج إلى بيان الحكم الشرعي في مسائله، أو أصل موضوعه. ولكن الفقه الإسلامي بأصوله وقواعده ومقاصده يستوعب هذا النوع من الحقوق.

وجهة استيعاب الفقه لهذه الحقوق المعنوية راجع إلى نظرة الفقه الإسلامي إلى معنى المال والحق والملك. فقد تبين أن المال شمل معظم الحقوق، وأن كل ما يجري فيه الملك فهو مال، والحقوق مما يجري فيها الملك، فهي أموال باستثناء مالا يقبل التبعيض، فهذه الحقوق المعنوية سواء أكانت حقوقاً أدبية، أو فنية، أو حقوقاً صناعية، أو تجارية، فإنها مال في مفهوم الفقهاء، وبخاصة المالكية الذين يرون أن المال: «كل ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك» كما يرون أن الحقوق كلها أموال، إذ الحق «جنس يتناول المال وغيره: كالخيار، والشفعة، والقصاص، والولاء، والولاية...»^(٢) فيشمل المال حينئذ الأعيان والمنافع والحقوق.

وليس في الفقه الإسلامي ما يمنع من اعتبار هذه الحقوق من الحقوق العينية، لأن «الحق العيني في الفقه الإسلامي لا يشترط فيه أن يكون محله عينا مادية، بل يجوز أن يكون منفعة أو معنى، إذا المنظور في الحق العيني هو العلاقة المباشرة التي يقرها الشرع بين صاحب الحق ومحله، خلافا لما استقر عليه الفقه الوضعي: من اشتراط كون محل الحق ماديا، حتى يعتبر عينيا، وبذلك يشمل الحق العيني في الشريعة الحقوق المالية وغير المالية»^(٣)، وجهور الفقهاء يرون - كما سبق البيان^(٤) - أن الملك علاقة

(١) يرجح الشيخ مصطفى الزرقا تسميتها «حقوق الابتكار» لأن اسم «الحقوق الأدبية» ضيق لا يتلاءم مع كثير من أفراد هذا النوع، كالاختصاص بالعلامات الفارقة التجارية، والأدوات الصناعية المبتكرة، وعناوين المحال التجارية، مما لا صلة له بالأدب، والتأليف الفكري، أما اسم «حق الابتكار» فيشمل الحقوق الأدبية كحق المؤلف في استغلال كتابه، والصحفي في امتياز صحيفته، والفنان في أثره الفني من الفنون الجميلة، كما يشمل الحقوق الصناعية والتجارية مما يسمونه اليوم «الملكية الصناعية» كحق مخترع الآلة، ومبتدع العلامة الفارقة التي نالت الثقة، ومبتكر العنوان التجاري الذي أحرز الشهرة. انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام ٢٦/٢

وقد يقال في هذا الرأي: بأنه أخص من الدعوى فإن عبارة «حق الابتكار» توحى بتخصيص هذه الحقوق فيما هو ابتكار وابداع فحسب، في حين أن الحق هنا قد يترتب ولا ابتكار فيه يذكر. سواء أكان في الأدبيات، أو الأساء التجارية، أو العلامات التجارية، أو الصناعية.

(٢) الموافقات ١٧/٢

(٣) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤٥٧/٤

(٤) حق الابتكار في الفقه الإسلامي المقارن للدكتور فتحي الدريني ٧٩

اختصاص مقرة من الشارع، تنشأ بين المالك ومحل الملك. ومحل الملك أعم من أن يكون ماديا أو غير مادي، فيصح - والحال هذه - أن نعتبر الحقوق المعنوية مالا، فيكون الحق المعنوي من مشتملات المال، فيصح أن يكون محلا ما دامت علاقة الاختصاص قائمة، وهو منتفع به شرعا، إذ الانتفاع من كل شيء حسب طبيعته، والناس يعتبرون فيه القيمة، فقد تكاملت له عناصر الملك.

ومن ناحية أخرى فإن «الاستثثار المقصود في الملك في الفقه الإسلامي ليس معناه احتواء الشيء من قبل المالك، إنما معناه : أن يختص به دون غيره، فلا يعترضه في التصرف فيه أحد...»

والشريعة أيضا لا تشترط التأييد لتحقيق معنى الملك، بل إن طبيعة ملك المنفعة، مثلا تقتضي أن يكون مؤقتا، كما في ملك منفعة العين المستأجرة.^(١)

وعدم اشتراط الشريعة التأييد لتحقيق الملك، يجعل دخول الحقوق المعنوية وقبولها في إطار الشريعة وقواعدها ومقاصدها دخولا طبيعيا لا حرج فيه، بخلاف الحرج الواقع في القانون^(٢).

(١) الملكية للدكتور عبد السلام العبادي ١٩٨

(٢) يقول الدكتور السنهوري مبينا منافاة الحقوق المعنوية لحق الملكية من حيث طبيعة كل، في معرض كلامه عن حق المؤلف باعتباره حقا معنويا : «تتألف طبيعة الملكية مع طبيعة الفكر من ناحيتين : (الناحية الأولى) أن الفكر لصيق بالشخصية بل هو جزء منها، ومن ثم فقد وجب تقييد نتائج الفكر بهذا الاعتبار الأساسي، فيوجد إلى جانب الحق المالي للمؤلف الحق الأدبي. وهذا الحق من شأنه أن يمكن المؤلف. حتى بعد أن يبيع حقه المالي للناس، أن يعيد النظر في فكره. وقد يبدو له أن يسترد من التداول ما سبق نشره، بل وله أن يتلفه بعد أن يعرض الناشر، وبذلك يستطيع أن يرجع بارادته وحده فيما سبق له اجراؤه من التصرف. أما من يتصرف في شيء مادي تصرفا بائا، فليس له بارادته وحده أن يرجع هذا التصرف، ولو في مقابل تعويض.

(والناحية الثانية) أن الفكر حياته في انتشاره لا في الاستثثار به، وإذا كان صاحب الفكر هو الذي ابتدع نتائج فكره، فالإنسانية شريكة له من وجهين. وجه تقتضي به المصلحة العامة، إذ لا تتقدم الإنسانية الا بفضل انتشار الفكر. ووجه آخر يرجع الى أن صاحب الفكر مدين على نحو ما للإنسانية، ففكره ليس إلا حلقة في سلسلة، تسبقها حلقات وتتلوها حلقات. فهو إذا كان قد أعان من لحقه، فقد استعان بمن سبقه. ومقتضى ذلك ألا يكون حق المؤلف أو المخترع حقا مؤبدا كما هو شأن الملكية المادية. وإذا كانت الملكية المادية لا تستعصي على التأييد بل هي تقتضيه، فإن الحق في نتائج الفكر لا يجوز أن يكون مؤبدا بل لا بد فيه من التوقيت.

من أجل ذلك يجب أن نفني عن حق المؤلف أو المخترع صفة الملكية، فالملكية حق استثثار مؤبد، في حين أن حق المؤلف أو المخترع حق استغلال مؤقت.

ثم يبدو رأيه في طبيعة هذه الحقوق فيقول :

ويخلص من ذلك : أن حق المؤلف أو المخترع ليس حق ملكية، بل هو حق عيني أصلي مستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة، وترجع هذه المقومات الى أنه يقع على شيء غير مادي.

أنظر : الوسيط ٢٧٩/٨ - ٢٨١.

الفصل الخامس المال

إن الوقوف على معرفة المال وكذا المنفعة من وجهة الفقه الإسلامي يعتبر مدخلا طبيعيا وتمهيدا علميا سليما لترتيب الحكم الشرعي للاسم التجاري . فالمال والمنفعة لهما مفهوم وحقيقة شرعية ، وللفقهاء فيهما دراسات ومباحث استقر رأيهم فيها واتضح . لذا يرد ههنا مدى انطباق معنى المال والمنفعة على الاسم التجاري . حتى يمكن إلحاق الحكم والآثار منها إليه ، أولا يمكن . وقد عرفنا طبيعة المال والمنفعة في القانون . والمطلوب هنا الوقوف على معناهما في الفقه الإسلامي . لتوصل بها إلى معرفة مدى قرب أو بعد الاسم التجاري منها ، تمهيدا لإلحاق الوصف أو الحكم الشرعي به ، وهو المطلوب البحث .

مبحث تعريف المال

اتفق الفقهاء على أن الأعيان أموال ، متى أمكن حيازتها وتملكها والانتفاع بها على وجه ما ، كما اتفقوا على أن الحقوق المجردة - وهي التي لا تدرك بالحس ، ولا تعلق لها بالمال ، كحق الحضانة ، والولاية ، والوظيفة - ليست مالا .

واختلفوا في الحقوق المتعلقة بالمال والمنافع .

المال لغة : هو «كل ما ملكته من جميع الأشياء»^(١) . وهذا الإطلاق في اللغة يشمل كل ما يملكه الإنسان ، سواء أكان شيئا ماديا أم منفعة ، وينبغي أن يشمل أيضا الحق ، وإن كان أمرا معنويا ، إلا أنه يملك ، سواء أطلق على عين أو منفعة أو مباح .

(١) لسان العرب مادة : «مول»

المال اصطلاحاً : اتفق جمهور الفقهاء على مفهوم المال من حيث الجملة ، وإن اختلفت عباراتهم في تعريفه وبيان حقيقته .

فاعتبروا «كل ما فيه نفع مالا ، ومالا نفع فيه فليس بمال ، فلا تجوز المعاوضة به»^(١) .

وعرفه المالكية - كما قال الشاطبي - بأنه : «ما يقع عليه الملك ، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه»^(٢) ولذا اشترط المالكية في المبيع النفع ، وعبروا عنه «بالانتفاع»^(٣) فاعتبروا من شروط المبيع «النفع» .

وعرفه الشافعية - بما نسبته السيوطي للشافعي - في قوله : «لا يقع اسم المال إلا على ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه»^(٤) .

وعرفه الحنابلة في معرض كلامهم عن شروط المبيع فقالوا : «هو ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة»^(٥) . وعرفوه أيضاً بأنه : «ما يباح نفعه مطلقاً ، أي في كل الأحوال ، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة»^(٦) .

وعلى تعريفهم هذا يخرج مالا نفع فيه أصلاً ، كالخشرات ، وما فيه منفعة محرمة ، كالخمر ، وما فيه منفعة مباحة للحاجة ، كالكلب ، وما فيه منفعة مباحة للضرورة ، كالميتة^(٧) .

أما الحنفية فوقع الخلاف في تعريف المال بينهم وبين الجمهور من جهة ، وفيما بين المتقدمين منهم والمتأخرين من جهة ثانية ، فعرف المتقدمون المال بما يفيد أنه «كل ما يمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به في العادة»^(٨) . فمدار كون الشيء مالا : إمكان

(١) حاشيتا الإمامين شهاب الدين القليوبي وعميرة على منهاج الطالبين للإمام محيي الدين النووي بشرح العلامة جلال الدين المحلى ١٥٧/١ طبع دار احياء الكتب العربية بمصر .

(٢) الموافقات للإمام إبراهيم بن موسى الشاطبي ١٧/٢ الطبعة الثانية ١٣٩٥هـ = ١٩٧٥م .

(٣) حاشية العلامة محمد عرفة الدسوقي على الشرح الكبير للإمام أحمد الدردير ١٠/٣ طبع دار احياء الكتب العربية بمصر .

(٤) الأشباه والنظائر في قواعد فروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ٢٣٧ الطبعة الأخيرة مطبعة الحلبي ١٣٧٨ - ١٩٥٩ بمصر .

(٥) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ، للإمام شرف الدين المقدسي ٥٩/٢ المطبعة المصرية بالأزهر .

(٦) شرح منتهى الارادات منصور بن يونس البهوتي ١٤٢/٢ نشر عالم الفكر ، بيروت .

(٧) المرجعان السابقان .

(٨) أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف ٢٦ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد موسى الطبعة الأولى ١٣٧٢ - ١٩٥٢ .

حيازته والانتفاع به في حكم العادة، وإن لم يكن محرزا ومنفعة به فعلا. وما لا يمكن
حيازته : كالعفة، والشجاعة، والذكاء، فلا يعد مالا. وكذا مالا ينتفع به في حكم
العرف والعادة : كقطرة من ماء، وحنة شعير، فإنه لا يعد مالا، وإن أحرز.

ومراد الحنفية بالانتفاع في العادة : أن الشارع يميز الانتفاع في حال الاختيار،
أما إذا كان الانتفاع بالشيء في حال الاضطرار فلا يدخل حينئذ في حكم المنتفع به في
العادة.

فالخمر وإن كانت حراما إلا أنها مال، لجواز أن ينتفع بها بوجه ما حال الاختيار،
وكذا الخنزير مال متقوم في حق الذميين - على خلاف وتفصيل عند الفقهاء - لكن
الميتة والدم المسفوح ليسا بمال، لأن الشارع لم يجوز الانتفاع بهما بحال حال
الاختيار^(١).

ويقول السرخسي : «المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار
صفة التمول والإحراز»^(٢).

ويقول صاحب الدرر : «والمال ما يميل إليه الطبع، ويجرى فيه البذل والمنع»
أو «هو موجود يميل إليه الطبع...»^(٣).

وقال ابن عابدين : «المال عين يمكن إحرازها وإمسакها»^(٤). وفي مجمع
الأنهر : المال «عين يجري فيه التنافس والابتذال»^(٥) أي بذل العوض.

وعرفه سعد الدين التفتازاني بأنه : «ما يميل إليه الطبع، ويدخر لوقت
الحاجة، أو ما خلق لصالح الآدمي، ويجري فيه الشح والفضة»^(٦).

وقال الشيخ أبو زهرة : «أحسن تعريف في نظري ما نقله صاحب البحر عن
الحاوي، وهو : أن المال اسم لغير الآدمي خلق لصالح الآدمي، وأمكن إحرازه
والتصرف فيه على وجه الاختيار»^(٧).

(١) وعند الفقهاء خلاف في جواز الانتفاع ببعض أعضاء الميتة، كالعظم والصوف قالوا في الجواز :
لإمكان تطهرها. وذهب آخرون إلى أن الميتة نجسة لا يطهر شيء منها.

(٢) المبسوط للإمام شمس الدين السرخسي ٧٩/١١ الطبعة الأولى مطبعة السعادة بمصر.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥٠/٥ و ٥١.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥٢/٥

(٥) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٣/٢ الطبعة الأميرية بمصر.

(٦) التلويح على التوضيح، شرح التنقيح، لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود، والشرح لسعد الدين
التفتازاني ٢٣٠/٢.

(٧) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبو زهرة ٥٢ دار الفكر العربي بمصر.

وأما متأخرو الحنفية فقد عرفوا المال فقالوا : «يطلق المال على القيمة، وهي ما يدخل تحت تقويم مقوم من الدراهم والدنانير»^(١).

فشمل هذا التعريف الأعيان، والمنافع، والحقوق، فمناطق المالية عندهم هو القيمة التي تقدر بالنقد، فكل ما له قيمة هو مال؛ لأن كل ما فيه قيمة هو منفعة، والناس لا يتعارفون على تقييم ما ليس فيه منفعة، إذ لا يجري التعامل فيها أصلاً.

المالية والتقوم :

وقد بين ابن عابدين معنى المالية والتقوم، فقال : والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً، فما يباح بلا تمول لا يكون مالاً، كحبة حنطة، وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالخمر، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما، كالدم، ثم قال : وحاصله أن المال أعم من المتقوم؛ لأن المال ما يمكن ادخاره، ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال متقوم، فلذا فسد البيع بجعلها ثمناً، وإنما لم ينعقد أصلاً بجعلها مبيعاً، لأن الثمن غير مقصود، بل وسيلة إلى المقصود، إذ الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان، ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن. فبهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة آلات الصناعات^(٢). وعرف سعد الدين التفتازاني التقوم فقال : «المتقوم ما يجب إبقاؤه بعينة، أو بمثله، أو بقيمته، ثم قال عن الخمر : والخمر واجب اجتنابها بالنص، لعدم تقومها، لكنها تصلح للثمن، لأنها مال»^(٣). وهذا متسق مع تعريفه للمال السابق.

ونقل السيوطي : أن للمتمول ضابطين.

أحدهما : أن كل ما يقدر له أثر في النفع فهو متمول، وكل ما لا يظهر له أثر في الانتفاع فهو لقلته خارج عما يتمول.

(١) حاشية ابن عابدين ١١/١

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٠١/

(٣) التلويح على التوضيح ٢٣٠/٢

الثاني : أن المتمول هو الذي يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار، والخارج عن التمول : هو الذي لا يعرض فيه ذلك^(١).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٢٦

ويقسم الفقهاء المال إلى أقسام عدة أهمها :

أولا : ينقسم بحسب الضمان وعدمه إلى : مال متقوم، ومال غير متقوم .
فالمتقوم : ما يباح الانتفاع به في حال السعة والاختيار، وهو الذي له قيمة في نظر الشارع، ويشترط فيه أن يكون قد حيز بالفعل، كالدور والنقود المملوكة.

وغير المتقوم : ما لا يباح الانتفاع به في حالة الاختيار، ولم يحز بالفعل، أو حيز ولكن حرم الشارع الانتفاع به . وهو هذا يشمل مثل المعادن والسبك قبل حيازته كما يشمل ما حيز فعلا وحرم الانتفاع به في حالة السعة والاختيار، كالخمر بالنسبة للمسلم، فإنه لا يجوز الانتفاع به إلا في حال الضرورة.

أما بالنسبة لغير المسلم فإنه يعتبر مالا متقوما عند الحنفية خلافا للجمهور.

وترتب على هذا التقييم أمور أهمها :

١ - أن المال المتقوم يضمن متلفه عند تعديده عليه . وغير المتقوم لا ضمان على متلفه، ولذا لو أتلف مسلم خمر المسلم لم يضمن شيئا؛ لأنه غير متقوم في حق المسلم . ولو أنه أتلفه لذي ضمن له قيمته عند الحنفية؛ لأنه مال متقوم في حقه.

٢ - المال المتقوم يصلح أن يكون محلا لمعاوضة مالية كالبيع، والهبة وما إلى ذلك من التصرفات وغير المتقوم لا يصلح أن يكون محلا لمعاوضة مالية كالبيع، والهبة، وما إلى ذلك من التصرفات وغير المتقوم لا يصلح أن يكون مبيعا، وإذا بيع كان العقد باطلا، كما لا يصح أن يكون ثمنا، وإذا جعل ثمنا كان لعقد فاسدا عند الحنفية، وعلى ذلك لا يصح بيع الخمر من مسلم، ويصح من ذي مثلته، ولا يصح بيع الأموال المباحة ولا هبتها ولا الوصية بها لعدم تقويتها.

ثانيا : ينقسم المال باعتبار الثابت وعدمه إلى عقار ومنقول :

فالعقار : هو كل مالا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، وهو خاص بالأرض عند الحنفية سواء كانت الأرض مبنية أو مجردة عن البناء.

وقال الامام مالك : العقار هو مالا يمكن نقله بدون أن تتغير صورته، فيدخل فيه عنده البناء والأشجار، وكل ما وضع في الأرض على سبيل القرار كالآلات الرافعة المثبتة.

والمنقول : هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر سواء تغيرت صورته بالنقل أولا، وسواء انتقل بنفسه أو بواسطة غيره، فيدخل فيه البناء والأشجار لإمكان نقلها بعد تغيير صورتها . وقال مالك : إن المنقول هو ما يمكن نقله بدون أن تتغير صورته.

ثالثا : ينقسم المال من حيث التماثل وعدمه إلى مثلي وقيمي، وهو تقسيم للمنقول.

فالمثلي : هو ما لا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به، وله نظير في المحال التجارية.

ويشمل الأنواع التالية : المكيلات، كالبر، والموزونات المتحدة في النوع، والعديدات التي تتقارب أحادها كالبيض والجوز .

والقيمي : هو ما تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به، أولا تتفاوت، ولكن لا نظير له في المحال التجارية

وفي مجلة الأحكام العدلية «المال المتقوم يستعمل في معنيين.
الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به.
والثاني بمعنى المال المحرز، فالسكك في البحر غير متقوم، وإذا اصطيد صار متقوما
بالإحراز»^(١).

ويفهم من كلام الفقهاء في المالية والتقوم : أنها مترابطان ترابطا قد ينفك من
جهة بالإطلاق. فكل ما هو متقوم فيه مالية، لكن ليس كل ما فيه مالية متقوما،
وذلك إذا لم يكن المال محترما شرعا، فمالا يحترمه الشارع ويعتبره فلا قيمة له.

المال والاسم التجاري :

وإذا علم هذا فإن الاسم التجاري عند التحقيق : هو مال على مفهوم
الجمهور ومتأخري الحنفية. فمن حيث اشتراط النفع في المال، فإن الاسم التجاري
يتضمن نفعاً ومصلحة خاصة للمالك، ومصلحة عامة لأفراد المجتمع. وهو وإن كان
حقاً معنوياً إلا أن فائدته الخاصة مادية، وكذا العامة أيضاً.

ومن جانب آخر فإن المالك يمكنه التصرف فيه ما دام مالا ونفعاً، والحيازة لا
يشترط لتحقيقها أن يكون محلها مادياً. والاسم التجاري وإن لم يمكن استيفاءه بذاته
لأنه لا يدرك بالחס، إلا أن أثره ومنفعته وقيمه يمكن إدراكها، وإنما تستوفي المنافع
بملك الأعيان.

ومن حيث اشتراط القيمة، فإن الاسم التجاري قد تعارف الناس على أن له
قيمة يعتاض عنها بما يقابلها من نقد، فيمكن تقويمه كما تقوم الأعيان. ولو اعتدى
عليه أجنبي بالتزيف والتقليد فإنه يعرض نفسه للمساءلة والضمان.

== ويشمل الأنواع الستة الآتية : وهي الحيوانات، ولو كانت متحدة الجنس، والبناء، والأشجار،
وعروض التجارة المختلفة الجنس، والعديدات المتفاوتة تفاوتاً يعتد به كالبطخ، والمثلثات التي لا
نظير لها في المحال التجارية بأن انقطعت من الأسواق وتعذر الحصول عليها.
يراجع تفصيل ذلك في : أحكام المعاملات للشيخ علي الخفيف ٣٢ والمعاملات الشرعية للشيخ أحمد
إبراهيم ٤ وما بعدها. الطبعة الثانية - لجنة التأليف والترجمة ١٣٦٣ - ١٩٤٤ بمصر، والمعاملات في
الشرعة الإسلامية للشيخ أحمد أبو الفتوح ٢٧/١ والشرعة الإسلامية للدكتور بدران أبو العينين
٢٨٧ نشر مؤسسة شباب الجامعة بمصر.

(١) مجلة الأحكام العدلية مادة ١٢٧ الطبعة الخامسة ١٣٨٨ = ١٩٨٦.

ومن جانب آخر إذا اعتبرنا الحقوق أموالاً - كما رأينا تصريح المالكية في ذلك - سواء أكانت مالية أم غير مالية، فلا تردد في اعتبار الاسم التجاري مالا؛ لأنه حق مالي متقرر كما سبق البيان، فيجري فيه الملك، وكل ما يجري فيه الملك هو مال ما لم يكن من الحقوق التي لا تقبل التجزئة، كولاية النكاح، والوظيفة، وحق الحضانة، وحق التطليق^(١). وسيأتي لذلك مزيد بيان عند الكلام على التكييف الشرعي للاسم التجاري.

(١) حاشية الدسوقي ٤٠٧/٤

الفصل السادس المنفعة

المبحث الأول تعريف المنفعة وأدلة اعتبارها مالا أو عدم اعتبارها

تعريف المنفعة :

هي في اللغة : اسم ما انتفع به ، يقال : نفعه بكذا فانتفع به .^(١)
وفي الاصطلاح : كل ما يقوم بالأعيان من أعراض ، وما ينتج عنها من غلة كسكن
الدار ، وأجرتها ، وثمره البستان ، ولبن الدابة .^(٢)

وملك المنفعة قد يكون بملك العين ، وقد يكون ملك المنفعة دون العين ،
كالإجارة ، والإعارة ، والوصية بالمنفعة ، والوقف ، وقد يكون الملك للانتفاع ، لا
للمنفعة - على ما سيأتي بيانه عند الكلام على « الملك » - ولقد انبنى على خلاف الفقهاء
في معنى المال وتعريفه : الخلاف في المنفعة ، من حيث حقيقتها ، وما إذا كانت تندرج
تحت مسمى المال ، فتملك كما يملك المال ، ويجري عليها ما يجري عليه من
التصرفات .

وإن الوقوف على حقيقة المنفعة والخلاف فيها بين الفقهاء ، يخدم موضوع الاسم
التجاري ، بل هو صلب موضوعه كما سيتبين .

(١) لسان العرب لابن منظور مادة : نفع .

(٢) الميراث والوصية للشيخ محمد زكريا البرديسي ١١٧ طبع الدار القومية للطباعة والنشر : ١٣٨٣ -
١٩٦٤ بمصر .

ملك المنفعة وحق الانتفاع :

قد يظن أن ملك المنفعة وحق الانتفاع شيء واحد، وهما مختلفان . فجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة يفرقون بينهما : قال القرافي : تملك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، و تملك المنفعة هو أعم وأشمل ، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية .

ومثلاً لملك الانتفاع : بسكن المدارس، والرباط، والمجالس في الجوامع، والمساجد، والأسواق، ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط، ولو حاول أن يؤجر بيت المدرسة أو يسكن غيره، أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك .

ومثلاً لملك المنفعة بمن استأجر داراً أو استعارها، فله أن يؤجرها من غيره، أو يسكنه بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف المالك في أملاكهم، على جري العادة، على الوجه الذي ملكه، فهو تملك مطلق في زمن خاص حسبما تناوله عقد الإجارة، أو شهدت به العادة في العارية، ثم قال : ويكون تملك هذه المنفعة كتمليك الرقاب^(١)، وبمثل هذه التفرقة، قال العدوي المالكي : «مالك الانتفاع ينتفع بنفسه، ولا يؤجر، ولا يهب، ولا يعير، ومالك المنفعة له تلك الثلاثة، مع انتفاعه بنفسه»^(٢).

ويفهم من كلام الفقهاء هذا التفرقة بين المنفعة والانتفاع، من حيث المنشأ والمفهوم والآثار، وخلاصة ما قيل في الفرق بينهما وجهان :

الأول : أن سبب حق الانتفاع أعم من سبب ملك المنفعة، لأنه كما ثبت ببعض العقود : كالإجارة، والإعارة مثلاً، كذلك يثبت بالإباحة الأصلية، كالانتفاع من الطرق العامة، والمساجد، ومواقع النسك، ويثبت أيضاً بالإذن من مالك خاص، كما لو أباح شخص لآخر أكل طعام مملوك له، أو استعمال بعض ما يملك . أما المنفعة فلا تملك إلا بأسباب خاصة، هي : الإجارة، والإعارة، والوصية

(١) الفروق للإمام شهاب الدين القرافي ٢٣٢/١، الطبعة الأولى دار إحياء الكتب العربية ١٣٤٦ بمصر، والأشباه والنظائر لابن نجيم ١٤٣ .

(٢) حاشية العدوي على الخرشي ٧٩/٧ وللفرق بينهما إشارة في حاشية عميرة ١٨/٣، ٩٢

بالمنفعة، والوقف. وعلى ذلك، فكل من يملك المنفعة يسوغ له الانتفاع، ولا عكس، فليس كل من له الانتفاع يملك المنفعة، كما في الإباحة مثلاً.

الثاني : أن الانتفاع المحض حق ضعيف بالنسبة لملك المنفعة، لأن صاحب المنفعة يملكها ويتصرف فيها تصرف الملاك في الحدود الشرعية، بخلاف حق الانتفاع المجرد، لأنه رخصة لا يتجاوز شخص المنتفع^(١).

وعلى هذا فإن ملك المنفعة أهم وأقوى من حق الانتفاع، فمن ملك شيئاً تصرف فيه لخاصة نفسه، أو تصرف فيه لغيره، بأى صورة من صور التصرف، ومن له حق الانتفاع لا يحق له التصرف فيه لغيره.

أما الحنفية فلا تظهر لهم تفرقة بين المنفعة وحق الانتفاع.

أدلة الجمهور في اعتبار المنفعة مالا :

استدل الجمهور على مذهبهم في اعتبار المنفعة مالا بأدلة :

الأول : أن المنافع أموال كالأعيان :

قاس الجمهور المنافع على الأعيان، بجامع أن كلا منهما مال، فيجب الضمان كما في الغصب والإتلاف.

وبيان ذلك : «أن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، مما هو عندنا، والمنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة، وإنما تعرف مالية الشيء بالتمول، والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها، فإن أعظم الناس تجارة الباعة، ورأس مالهم المنفعة، ومنه يتبين أن المنافع في المالية مثل الأعيان»^(٢).

وقال المالكية : «المنافع متمولة يعاوض عليها»^(٣) «والقياس أن تجري المنافع والأعيان مجرى واحدا»^(٤).

(١) الموسوعة الفقهية ٢٩٩/٦ مصطلح «انتفاع» مطبعة الموسوعة الفقهية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥ دولة الكويت.

(٢) نهاية المحتاج ١٦٩/٥ والمبسوط ٧٨/١١، والبداية ١٤٦/٧ وقد استدل السرخسي لمذهب الشافعية وهو مذهب الجمهور بأدلة وتفصيل لم نعتز على مثله في كتب الشافعية.

(٣) حاشية الدسوقي ٤٤٢/٣.

(٤) بداية المجتهد للإمام محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ٣٢٢/٢ الطبعة الثانية مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٠ - ١٩٥٠ بمصر.

ومن جانب آخر : فإن المنفعة تصلح أن تكون صداقا، وهذا دليل اعتبارها مالا؛ لأن صحة الصدق أن يكون المسمى مالا. ويجوز أخذ العوض عنها في الإجارة، وكذا منافع الحر مال يضمن بالإتلاف، إلا أنه إذا حبس حرا مجرد الحبس لا يضمن منافعه، لأنه لم يوجد من الحابس إتلاف منفعة، ولا إثبات يده عليه، بل منافع المحبوس في يده.^(١)

ويتبين أيضا مثلية المنافع للأعيان بجامع المالية في كل من العقد الفاسد، لأن الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعا، كما بالإتلاف، وهذا بخلاف رائحة المسك، فإن من اشتم مسك غيره لا يضمن شيئا؛ لأن الرائحة ليست بمنفعة، ولكنها بخار يفوح من العين كدخان الخطب، ولهذا لا يملك بعقد الإجارة، حتى لو استأجر مسكا ليشمه لا يجوز، ولا يضمن بالعقد أيضا، صحيحا كان أو فاسدا.^(٢)

الثاني : أن المنفعة متقومة :

قال الجمهور : إن المنفعة متقومة، وكل متقوم فهو مضمون بقيمته، بل إن المنفعة تقوم بها الأعيان، «فيستحيل أن لا تكون متقومة بنفسها، ولأنها تملك بالعقد، ويضمن به، صحيحا كان العقد أو فاسدا، وإنما يملك بالعقد ما هو متقوم، فيضمن بالإتلاف وإن لم يكن مالا، كالنفوس والأبضاع»^(٣).

الثالث : أن الطبع يميل إليها، ويسعى في ابتغائها وطلبها، وتنفق في سبيلها الأموال، ويقدم في سبيلها نفيس الأشياء ورخيصها. وأن المصلحة في التحقيق تقوم بمنافع الأشياء لا بذواتها، فالذوات لا تصير أموالا إلا بمنافعها، فلا تقدم إلا بمقدار ما فيها من منفعة، إذ كل شيء لا منفعة فيه لا يكون مالا.

الرابع : أن العرف العام في الأسواق والمعاملات المالية يجعل المنافع غرضا ماليا ومتجرا يتجر فيه.

(١) نهاية المحتاج ١٦٩/٥ والمبسوط ٧٨/١١ والبدائع ١٤٦/٧.

(٢) المبسوط ٧٩/١١ وقد رد السرخسي على هذا بتفصيل في الموضوع المذكور فليراجع

(٣) المبسوط ٧٨/١١

الخامس : أن الشارع اعتبر المنافع أموالا، لأنه أجاز أن تكون مهرا في الزواج، ولا يكون مهرا في الزواج إلا المال، قال تعالى : ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾.

السادس : أن العقد قد ورد على المنافع، فتكون مضمونة به حينئذ، سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا، وضمانها دليل على أنها تكون مالا بالعقد عليها. ولو لم تكن أموالا في ذاتها ما قلبها العقد مالا، لأن العقود لا تقلب حقائق الأشياء، بل تقرر خواصها.^(١)

أدلة الحنفية :

وقد استدل الحنفية لمذهبهم بأدلة عديدة، سنذكر أهمها مع مناقشتنا لما يمكن أن يتوجه للدليل من إيراد :
أولا : أن المنفعة ليست مالا متقوما.

قال الحنفية : إن المنفعة ليست بمال متقوم، لذا لا تضمن بالإتلاف، كالخمر والميتة.

وبيان ذلك : أن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول، والتمول صيانة الشيء وإدخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض - كما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود - تتلاشى، فلا يتصور فيها التمول، وعلل لذلك : بأن المتقوم لا يسبق الوجود، فإن المعدوم لا يوصف بأنه متقوم، إذ المعدوم ليس بشيء، وبعد الوجود التقوم لا يسبق الإحراز، والإحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين، فكيف يكون متقوما؟ وعلى هذا قالوا : «الإتلاف لا يتصور في المنفعة»^(٢).

وقال صدر الشريعة : «لا تضمن المنافع بالمال المتقوم، لأنها غير متقومة، إذ لا تقوم بلا إحراز، ولا إحراز بلا بقاء، ولا بقاء للأعراض»^(٣).

وقد يرد على كلام السرخسي وصدر الشريعة : بأن المنفعة متمولة، ودليل تمولها اعتياد الناس واعتبارهم لها في تجاراتهم ومعاشهم.

(١) الأدلة من الثالث حتى السادس مختصرة من الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ٥٧

(٢) المبسوط ٧٩/١١ والبدائع ١٤٦/٧.

(٣) التنقيح وشروحه ٩٨/٢

والمنفعة باقية ما بقيت العين، وتجدها مستمر لبقاء العين، وأيضا فإن الإلتلاف متصور في المنافع، وقد أقر بذلك الحنفية أنفسهم في قولهم : «إن إلتلاف المنافع لا يضمن ما لم يكن بعقد أو شبهة عقد»^(١). وعدم ضمانها عندهم لا لعدم تصورهما وإنما لإهمالها، وكلامهم في فروع المسألة دليل على اعتبار وجودها.

ثانيا : أن المنفعة لا تماثل العين.

قال السرخسي : «لئن سلمنا أن المنفعة مال متقوم، فهو دون الأعيان في المالية، وضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص، ألا ترى أن المال لا يضمن بالنسبة، والدين لا يضمن بالعين؛ لأنه فوقه، فكذلك المنفعة لا تضمن بالعين.

ثم فصل دليله فقال : إن المنفعة عرض يقوم بالعين، والعين جوهر يقوم به العرض، ولا يخفى على أحد التفاوت بينهما، والمنافع لا تبقى وقتين، والعين تبقى أوقاتا، وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم، والعين لا تضمن بالمنفعة قط، ومن ضرورة كون الشيء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له أيضا، والمنفعة لا تضمن بالمنفعة عند الإلتلاف، والمماثلة بين المنفعة والمنفعة أظهر من المماثلة بين العين والمنفعة، وبهذا فارق ضمان العقد، فإنه غير مبني على المماثلة باعتبار الأصل، بل على المراضاة، وكيف ينبنى على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح؟^(٢)

وقد يرد على السرخسي بأنه لا يلزم من كونه المنفعة دون الأعيان وأنها ليست مثلا لها، وأنها عرض من أن لا تكونون مالا ومتقومة، ثم ان محل النزاع ليس في مماثلتها للأعيان أو عدمه، وإنما هو في ماليتها وتقومها.

وأیضا لا يسلم للسرخسي : أن المنافع دون الأعيان مطلقا، إذ الأعيان تقوم بالمنفعة، وإنما يتوصل بالأعيان إلى المنافع، فالمقصود منافع الأعيان لا ذاتها.

ثالثا : إن المنفعة قبل كسبها معدومة، والمعدوم ليس مالا.

قال السرخسي : «إن الإلتلاف لا يحل المعدوم، وبعد الوجود لا يبقى لحله فعل الإلتلاف»، فكأنه يرى : أن المنفعة معدومة غير موجودة، فلا يمكن أن يوجد السبب، ولذا قال : «وإثبات الحكم بدون تحقيق السبب لا يجوز»^(٣).

(١) المبسوط ٧٩/١١ والبدائع ١٤٦/٧

(٢) المبسوط ٨/١١

(٣) المبسوط ٧٨/١١

ولما كان الحنفية قد اشترطوا لجواز ضمان المنفعة أن تكون بعقد، وهذا في حد ذاته استشكال وجيه على رأيهم. قال السرخسي محاولاً رفع هذا الإشكال : «بالعقد يثبت للمنفعة حكم الإحراز والتقوم شرعاً، بخلاف القياس، وكان ذلك باعتبار إقامة العين المنتفع به مقام المنفعة، لأجل الضرورة والحاجة، ولا تتحقق مثل هذه الحاجة في العدوان، فتبقى الحقيقة معتبرة، وباعتبارها ينعدم التقوم والإتلاف»^(١).

وقد يقال للحنفية : إنكم قلتم بخلاف ذلك في الصداق واستئجار الولي، فاعتبرتموه، ولا عدوان فيه.

وقد رد السرخسي هذا بقوله : «في الصداق واستئجار الولي إنما يظهر حكم الإحراز والتقوم بالعقد للحاجة، والمال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز»^(٢).

وقد يقال له : إننا لا نسلم أن المال معتبر بالتمول والإحراز فحسب، بل هو أعم ليشمل ما يمكن إحرازه كالمنفعة.

المبحث الثاني غصب المنفعة

مذهب الجمهور :

ذهب جمهور الفقهاء : المالكية، والشافعية، والحنابلة - تبعاً لرأيهم في اعتبار المنفعة مالاً - إلى أن غصب المنافع يوجب الضمان على الغاصب، سواء استعمل المغصوب، أو منع استعماله، أو أتلفه، أو أتلف المنفعة، على تفصيل يظهر من استعراض مذاهبهم :

مذهب المالكية : أن الغاصب يضمن الشيء المغصوب بمجرد الاستيلاء. قال عبد المسيع الأبى : «وضمن الغاصب الشيء بمجرد الاستيلاء عليه وحوزه، ولو تلف بسماوي، أو جنائية غير»^(٣).

(١) المرجع السابق

(٢) المرجع السابق

(٣) جواهر الاكليل شرح مختصر خليل، للإمام صالح عبد السميع الأبى ١٤٨/٢، الطبعة الثانية مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٦٦ - ١٩٤٧ بمصر.

وبناء على هذا الضمان، فإن منافع المغصوب المستعمل تكون ملكاً للمالك .
قال في الجواهر : «وللمالك غلة مغصوب مستعمل : من رقيق، ودابة، ودار،
وغيرها، سواء استعمله الغاصب، أو أكراه، على المشهور.»^(١)

فإن كان المستفيد من المنفعة غير الغاصب، فإن المالك مخير بأخذ قيمة المنفعة من أيهما
شاء، قال في المواهب : «من غصب منفعة دار أو استأجر منه رجل تلك المنفعة
فلربها أخذ المنفعة من الغاصب، أو من المستأجر، عالماً كان أو جاهلاً، كما لو غصب
طعاماً وباعه واستهلكه المشتري، فلرب الطعام أن يضمن من شاء منها .
لكن عند المالكية : لو قصد الغاصب باستيلائه على الشيء استيفاء المنفعة لا تملك
الذات، فتلف الذات المستوفى منها منفعتها، فلا يضمن المعتدي، وعلى ذلك «فمن
سكن داراً غاصباً للسكن فانهدمت من غير فعله فلا يضمن إلا قيمة السكن، إلا أن
تنهدم من فعله»^(٢).

ومذهب الشافعية : ضمان منفعة الدار، والعبد، ونحوهما من كل منفعة
يستأجر عليها بالتفويت بالاستعمال، والتفويت عندهم يكون بضياع المنفعة من غير
انتفاع، كإغلاق الدار في يد عادية. لمن كان من أهل الضمان .
قالوا : إن غصب منفعة تستباح بالإجارة، فأقام في يده مدة لمثلها أجر ضمن
الأجرة.

أما غصب منفعة البضع فإنها لا تضمن عندهم إلا بتفويت الوطء لا فواته .
فيضمن حينئذ بمجر المثل - على تفصيل في ذلك - وعلة عدم الضمان بالفوات هو
انتفاء ثبوت اليد على البضع . ومثل هذا في الأصح من مذهبهم : منفعة بدن الحر،
فإنها لا تضمن إلا بالتفويت، دون الفوات، تبعاً لقاعدة : أن الحر لا يدخل تحت
اليد.^(٣)

-
- (١) المرجع السابق ومواهب الجليل ٢٧٤/٥
وقد ذهب ابن القاسم إلى التفريق بين ضمان منافع الدور والأرضين، وبين منافع الحيوان . مع
اتفاق المالكية جميعاً على عدم ضمان المنافع غير المستوفاه . أنظر : مواهب الجليل ٢٨٥/٥
- (٢) جواهر الإكليل ١٥١/٢
- (٣) نهاية المحتاج ١٦٩/٥ والمجموع شرح المذهب للإمام أبي زكريا النووي ٥٩/١٤ بتصرف يسير -
مطبعة الإمام بمصر .

ومذهب الخنابلة : ضمان الغاصب أجرة المَغصوب مدة بقاءه بيده، إذا كانت للشيء المَغصوب منفعة تصح إجارتها، ويوجبون حينئذ أجرة المثل مدة مقامه في يده، سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب.

فإن تلف المَغصوب ضمنه الغاصب أو من تلف بيده، المثلي بمثله، فإن أعوز المثل فقيمة مثله يوم إعوازه. ^(١) «وما ليس بمال لا يغصب، كغصب الحر، فلا يضمن بالغصب، وإنما يضمن بالإتلاف. فإن استعمل حراً مكرهاً لزمه أجر مثله، وإن حبسه مدة لمثلها أجر فني وجوب أجرها قولان، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعة». ^(٢)

وقال المرداوى : «وإن كان للمَغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده، يعني إذا كانت تصح إجارتها، ثم قال : منافع المقبوض بالعقد الفاسد كمنافع المَغصوب، تضمن بالفوات والتفويت» ^(٣).

وأما عند الحنفية : فقالوا في ضمان منافع المَغصوب : «ومنافع الغصب غير مضمونة، استوفأها أو عطلها، أو استغل» وعللوا لذلك - بما سبقت الإشارة - بعدم ورود الغصب عليها، ولأنه لا مماثلة بينها وبين الأعيان، وهي لا تبقى زمانين، ولأنها غير متقومة. ^(٤)

والتأخرون فرقوا بين المعد للاستغلال، ومال اليتيم، والوقف، وبين غيرها، فأوجبوا الضمان فيها دون سواها.

وفيما يلي تفصيل رأيهم :

قال السرخسي : لو غصب عبداً أو دابة فأجره وأصاب من غلته، فالغلة للغاصب، لأن وجوبها بعقده؛ ولأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد، والعاقدة هو الغاصب، فإذا هو الذى جعل منافع العبد بعقده مالا، فكان بدله له.

(١) نيل المآرب ١/٤٤٦

(٢) المغني ٥/٤٤٨

(٣) الإنصاف في الراجح من الخلاف ٦/٢٠١

(٤) الاختيار لتعليل المختار للعلامة عبد الله بن محمود الموصلي ٣/٢ الطبعة الثالثة ١٣٩٥ - ١٩٧٥

بمصر.

وقد يقال هنا : ولم لا يكون لصاحب العبد؟ فيجيب بأنه كان في ضمان غيره . قال السرخسي : وفي هذا إشارة إلى قوله - ﷺ - «الخراج بالضمن»^(١). فحين كان في ضمان الغاصب فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك، فكان الأجر له دون المالك، ويؤمر أن يتصدق بها، لأنها حصلت له بكسب خبيث^(٢).

وينبغي على عدم اعتبار المنافع أموالا عند الحنفية : أنه ليس على الغاصب في سكنى الدار وركوب الدابة أجر. وعللوا لذلك بأن الغاصب كان ضامنا، ومعنى هذا أن ضمان العين باعتبار صفة المالية والتقوم، والمالية والتقوم في العين باعتبار منفعه، ولهذا تختلف قيمة العين باختلاف منفعتها، فإذا اعتبرت المنفعة لإيجاب ضمان العين لا يمكن اعتبارها لإيجاب ضمانها مقصودا. وقد قاس الحنفية ههنا المنفعة على الكسب، وينطبق على الكسب عندهم حكم حديث «الخراج بالضمن» فكذاك المنفعة.

لكن هذا مما لا يقول به أبو حنيفة وأبو يوسف، «فإن الساكن غير ضامن للدار عندهما»^(٣).

ولا يخفى أن صدر الاحتجاج والتعليل الذي ذكره السرخسي يمكن أن يكون حجة على مسلك الحنفية في المنفعة لا لهم، ولعل ذلك دعا السرخسي للقول : «والأصح بناء هذه المسألة على الأصل المتقدم، ويعني به قوله : «إن المنافع زوائد، تحدث في العين شيئا فشيئا، وزوائد المغصوب لا يكون مضمونا على الغاصب، فكذاك المنفعة»^(٤).

(١) الخراج : ما يحصل من غلة العين المتباعة . والحديث أخرجه أبو داود أنظر : عون المعبود شرح سنن أبي داود، للحافظ ابن قيم الجوزية ٤١٥/٩ باب رقم ٣٨ الطبعة الثانية ١٣٨٨ - ١٩٦٩ المدينة المنورة.

وأخرجه الترمذى، وابن خزيمة، وابن الجارود، وابن حبان، والحاكم، وابن القطان، وضعفه البخارى وأبو داود. انظر : تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى، للحافظ محمد المباركفوري ٥٠٧/٤ الطبعة الثانية، دار الاتحاد العربي للطباعة ١٣٨٥ - ١٩٦٥ بمصر، وأنظر أيضا : النسائي كتاب البيوع باب رقم ٥٣ وابن ماجه كتاب التجارات رقم ٤٣ ومسند أحمد ٤٩/٦، ٢٠٨، ٢٣٧

(٢) المبسوط : ٧٧/١١

(٣) المبسوط ٧٨/١١

(٤) المرجع السابق

وأما اعتبار العلة في الخراج هي الضمان - وهو فهم الامام أبي حنيفة من الحديث، لذا قال : «إن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب»
فقد ناقش السيوطي هذا الاحتجاج فقال : «إن النبي - ﷺ - قضى بذلك في ضمان الملك، وجعل الخراج لمن هو مالكة، إذا تلف تلف على ملكه - وهو المشتري - والغاصب لا يملك المغصوب»^(١).

وقال السيوطي أيضا : «بأن الخراج هو المنافع، جعلها لمن عليه الضمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المغصوب، بل إذا أتلّفها فالخلاف في ضمانها عليه، فلا يتناول موضوع الخلاف»^(٢).

وعلل الكاساني لعدم الضمان في غضب العبد أو الدابة بأنه «لم يوجد تفويت يد المالك عن المنافع؛ لأنها أعراض تحدث شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان، فالمنفعة الحادثة على يد الغاصب لم تكن موجودة في يد المالك، فلم يوجد تفويت يد المالك عنها، فلم يوجد الغصب»^(٣).

ولكن يشكل على رأي الحنفية هذا : ما ينبغي أن يخرج على أصلهم، فيما إذا غضب دارا أو عقارا فانهدم شيء من البناء، فإنه لا ضمان عليه؛ لأن الغصب لا يتم إلا بالنقل والتحويل، فإن كان ممالا ينقل كالدور والعقار لم يصح غضبه، ولم يضمن. استدلالا : بأن غير المنقول مختص بالمنع دون التصرف، فصار كحبس الإنسان عن ملكه، لا يكون موجبا لغصب ماله، ولأن المسروق لا يكون مسروقا إلا بالنقل عن الحرز، فكذا المغصوب^(٤). جاء في الدر وشرحه قوله : «والغصب إنما يتحقق فيما ينتقل، فلو أخذ عقارا وهلك في يده بأفة سماوية لم يضمن»^(٥).

وقد اختلف رأي الحنفية في ذلك، قال السرخسي : لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر. وعند محمد، وهو قول أبي يوسف الأول يضمن، وهو قول الشافعي.

أما الشافعي : فقد سار على أصله في تحديد الغصب بأنه : إثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكة. وهذا يوجد في العقار كما يوجد في المنقول.

(١) (٢، ١) الأشباه والنظائر : ١٣٦

(٣) البدائع : ١٤٥/٧

(٤) المجموع : ٦٤/١٤

(٥) الدر المختار شرح تنوير الأبصار، على هامش حاشية ابن عابدين ١١٨/٥

وأما محمد : فقد سار على أصله في حد الغصب : أنه إزالة يد المالك عن ماله ، والفعل في المال ليس بشرط ، وقد وجد تفويت يد المالك عن العقار ، لأن ذلك عبارة عن إخراج المال من أن يكون منتفعا به في حق المالك ، أو إعجاز المالك عن الانتفاع به ، وهذا كما يوجد في المنقول يوجد في العقار ، فيتحقق الغصب .
وأما أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، فسارا على أصلهما : أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ، ولم يوجد في العقار .

والدليل على أن هذا شرط تحقيق الغصب : الاستدلال بضمان الغصب ، فإن أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان ، فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ، ليكون اعتداء بالمثل ، وعلى أنها إن سلما تحقق الغصب في العقار ، فالأصل في الغصب أن لا يكون سببا لوجوب الضمان ، لأن أخذ الضمان من الغاصب إتلاف ماله عليه .^(١)

لكن العقار يضمن عندهم - في الأصح - في حالات ثلاث ؛ في البيع ، والتسليم ، والحجور .

قال في الدار المختار وشرحه : «والأصح أن العقار يضمن بالبيع والتسليم ، وكذا بالحجور إذا كان العقار وديعة»^(٢)

واستثنى الحنفية من قاعدتهم في الغصب ثلاثة أمور ، فقالوا بوجوب الضمان فيها ويكون بأجر المثل ، وهذا اختيار المتأخرين منهم ، وهذه الثلاثة هي :

أولا : إذا كان المغصوب وقفا للسكن ، أو للاستغلال ، أو لغيرهما ، كالمسجد .
ثانيا : إذا كان المغصوب مال يتيم .

قال في البزازية : «والفتوى في غصب دور الوقف وعقاره على الضمان ، كما في منفعه ، وكذا اليتيم ، والإمام ظهير الدين أفتى بأجر المثل في الوقف ، لا في اليتيم ، ومن المشايخ من قال : إذا كان ضمان النقصان خيرا لليتيم من أجر المثل ، يلزم على الغاصب ، وإلا أجر المثل .»^(٣)

(١) أنظر تفصيله في البدائع ١٤٦/٧ ، ١٤٧ .

(٢) الدار المختار وشرحه ١١٩/٥

(٣) الفتاوى البزازية للإمام محمد بن البراز بهامش كتاب الفتاوى الهندية ٤٠٣/٥

الطبعة الثانية الأميرية ١٣١٠ بمصر وحاشية ابن عابدين ٢٠٦/٦

وقال ابن عابدين في شأن اليتيم : «لا تردد في مال اليتيم ، لأن منافعه تضمن بالغضب»^(١).

ثالثا : إذا كان البناء معدا للاستغلال بأن بناء صاحبه لذلك ، أو اشتراه لذلك . ويشترط عندهم علم المستغل بكونه معدا حتى يجب الأجر ، وأن لا يكون المستعمل مشهورا بالغضب»^(٢).

مبنى الخلاف بين الجمهور والحنفية :

إن مبنى الخلاف في غضب المنفعة يرجع عند التحقيق إلى الخلاف في مفهوم المنفعة . وفي مفهوم الغضب ، والثاني هو الذي يعنينا بيانه ههنا . فالجمهور يرون : أن الغضب هو : «الاستيلاء على حق الغير عدوانا» وكما قال الماوردي : هو منع الإنسان من ملكه ، والتصرف فيه بغير استحقاق . فيكمل الغضب بالمنع والتصرف ، فإن منع ولم يتصرف كان تعديا ، وتعلق به ضمان ، لأنه تعد على المالك دون الملك ، وإن تصرف ولم يمنع كان تعديا ، وتعلق به ضمان ، لأنه تعد على المالك دون الملك ، فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغضب ، ولزم الضمان ، سواء نقل المصوب عن محله أم لا^(٣).

وعند الحنفية هو : «أخذ مال متقوم محتوم من يد مالكة ، بلا إذنه لا خفية»^(٤). فلا يتم الغضب عند أبي حنيفة إلا بالنقل والتحويل - كما سبقت الإشارة - فإن كان مما لا ينتقل كالذور والعقار ، لم يصح غصبه ، ولم يضمن ، وكذا المنفعة ليست مالا متقوما حتى يمكن نقلها .

ويفهم من قيد الحنفية في تعريف الغضب في قولهم : «من يد مالكة بلا إذنه» : «أن إزالة يد المالك معتبرة في الغضب ، وتبعا لتعريف الشافعية «إزالة يد العدوان»

وعلى هذا فإن ثمرة الخلاف تظهر في زوائد المصوب : كولد المصوبة ، وثمره البستان ، فإنها ليست بمضمونة عند الحنفية ، لعدم إزالة اليد ، وعند الشافعية

(١) حاشية ابن عابدين ١١٨/٥

(٢) المرجع السابق ١١٨/٥ ، ١٣١ ، ١٣٢ بتصرف .

(٣) نهاية المحتاج ١٤٢/٥ وحاشية الدسوقي ٤٤٢/٣ .

وجواهر الإكليل ١٤٨/٢ ومواهب الجليل ٢٧٤/٥ . والمعني ٣٧٤/٥ .

(٤) درر الحكام في شرح غرر الأحكام ، للإمام محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو ٢٦٢/٢ طبع نور عثمانية ١٩٧٠ استانبول .

مضمونة لإثبات اليد، فالمعتبر في الغصب عند الحنفية إزالة اليد المحقة، وإثبات اليد المبطله، وعند الشافعية المعتبر إثبات اليد المبطله.^(١)

وعلى هذا : فإن مفهوم الغصب أعم وأشمل عند الجمهور منه عند الحنفية، ومقتضى تعريف الجمهور شموله «سائر الحقوق والاختصاصات»^(٢) والمنفعة عند الجمهور مال، لا يجوز الاعتداء عليه، فبغصبها يتقرر الضمان.

المبحث الثالث المال والمنفعة

الجمهور والحنفية :

يعلم من تعاريف الجمهور السابقة للمال : أنه يشمل الأعيان والمنافع والحقوق.

والمالكية اعتبروا كل ما يمكن أن يجري فيه الملك مالا. يستوي في ذلك الأعيان والمنافع والحقوق التي تقبل التجزؤ - كما سبقت الإشارة - .
والشافعية والحنابلة يوافقون المالكية في هذا الشمول، ويوافقونهم - جملة - فيما ينبي عليه من فروع.

وإنما اعتبر الجمهور المنافع أعيانا لأنهم لم يشترطوا في المال أن يكون محازا بذاته، بل يكفي إمكان حيازته، وحيازة المنافع إنما يكون بحيازة أصولها، إذ الأعيان مقصودة لمنافعها.

وأما الحنفية فيعلم من تعاريفهم للمال : أن المنفعة ليست مالا؛ لأنهم اشترطوا في المال أن يكون موجودا بمكن الادخار، فتخرج المنفعة حينئذ من مسمى المال، فهي ملك لا مال، كما صرح ابن عابدين، نقلا عن صاحب التلويح، قال : «والتحقيق : أن المنفعة ملك لا مال؛ لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة»^(٣).

(١) درر الحكام ٢/٢٦٢

(٢) نهاية المحتاج ٥/١٤٢

(٣) حاشية ابن عابدين ٥١/، ٢٠٥

المبحث الرابع أسباب ملك المنفعة

يستفاد ملك المنفعة بأسباب أربعة : الوصية، والإجارة، والإعارة، والوقف.

أولا : الوصية :

اتفق الفقهاء الأربعة على جواز الوصية بالمنافع، وقال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة والظاهرية، ببطالان الوصية بالمنافع.

قال ابن رشد : «اختلفوا في المنافع، فقال جمهور فقهاء الأمصار : ذلك جائز.

وقال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأهل الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة، ثم ذكر مبنى الخلاف في أن عمدة الجمهور : أن المنافع في معنى الأموال، وإن لم تكن مالا عند الحنفية، إلا أنه يجوز تملك المنفعة في حال الحياة بطريق الإجارة والإعارة، فيكون جائزا الوصية بها.

وعمدة الطائفة الثانية : أن المنافع منتقلة إلى ملك الوارث؛ لأن الميت لا ملك له، فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره، فالمنافع معدومة، ولا تصح الوصية بمعدوم، وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر^(١).

مذاهب الفقهاء :

ذهب الحنفية إلى جواز الوصية بالمنفعة، وتنتهي بموت الموصى له، ثم تنتقل إلى ورثة الموصي، وقد بنى الحنفية رأيهم في المنفعة ههنا على أصلهم : من أن ملك المنفعة ثبت مؤقتا لا مطلقا، وعليه فصلوا، فإن كانت الوصية مؤقتة إلى مدة تنتهي بانتهاء المدة، ويعود ملك المنفعة إلى الموصى له بالرقبة، إن كان قد أوصى بالرقبة إلى إنسان آخر، وإن لم يكن قد أوصى بالرقبة إلى آخر يعود إلى ورثة الموصي. وإن كانت مطلقة تثبت إلى وقت موت الموصى له بالمنفعة، ثم ينتقل إلى الموصى له بالرقبة إن كان هناك موصى له بالرقبة، وإن لم يكن ينتقل إلى ورثة الموصي.

(١) بداية المجتهد : ٣٣٣/٢ والمغني والشرح الكبير ١٢٧/٦

جاء في الدر وحاشيته : صحت الوصية بخدمة عبده، وسكن داره، مدة معلومة وأبداً، ويكون محبوساً على ملك الميت في حق المنفعة، كما في الوقف، حيث يستوفي منافع الوقف على حكم ملك الواقف، فإن خرجت رقبة العبد والدار في الوصية بالخدمة والسكنى، سلمت إلى الموصى له، وإلا تقسم الدار أثلاثاً.^(١) ثم قال : «ويموت الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية، وبعد موته يعود خدمة العبد وسكنى الدار إلى ورثة الموصى بحكم الملك، ولا يعود إلى ورثة الموصى له.^(٢)

وذهب المالكية : إلى جواز الوصية بالمنفعة، فإذا أوصى لشخص معين بمنفعة شيء معين مدة معينة، كأن يوصي بخدمة عبده فلان، أو سكن داره المعينة بالإشارة أو الوصف، أو بركوب دابته الفلانية لزيد مدة سنة مثلاً، وحمل الثلث قيمة ذلك تعين تسليم الموصى به^(٣). وقالوا أيضاً : إذا أوصى بخدمة عبد من عبيده لفلان، ولم يحددها بزمان، بل حدها بحياة العبد أو أطلق، فإنه يخدمه طول حياته، وإن مات الموصى له، فإن ورثته يرثونها بعده؛ لأن الموصي لما لم يحددها، علم أنه أراد خدمته حياة العبد^(٤).

وقال صالح الآبي : وإن أوصى لشخص بمنافع عبد معين، ولم يقيد بحياة الموصى له فلوارثة خدمة العبد ما بقي حياً، وإن حدد الموصي المنافع الموصى بها بزمان كشهر أو سنة، فالموصى له كالمستأجر في ملك المنفعة في تلك المدة، وجواز إجارتها فيها لغيره، وانتقالها لو ارثه إن مات قبل تمامها. فإن قتل العبد الموصى بخدمته عمداً عدواناً من عبد أو ذمي فللوارث للموصي القصاص أو القيمة.^(٥)

(١) حاشية ابن عابدين ٤٤٣/٥ بتصرف والبداية ١٠/٤٩٦١، مطبعة الإمام.

(٢) المرجع السابق ٤٤٢/٥

أما بالنسبة لتصرف الموصى له فيقول ابن عابدين «وليس للموصى له الخدمة والسكنى أن يؤثر العبد أو الدار؛ لأن المنفعة ليست بمال، إنما صح للمالك أن يؤثر ببذل لأنه ملكها تبعاً لملك العين، والمستأجر إنما ملك أن يؤثر مع أنه لا يملك إلا المنفعة، لأنه لما ملكها بعقد معاوضة كانت مالا بخلاف ملكها بعقد تبرع. فعلى أصل الحنفية إذا ملكها بعض كان مملوكاً أكثر مما ملكه وهو لا يجوز. انظر حاشية ابن عابدين ٤٤٣/٥.

(٣) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤٤٥/٤

(٤) المرجع السابق ٤٤٨/٤

(٥) جواهر الإكليل ٢/٣٢٤

وقال الشافعية : بصحة الوصية بمنافع، نحو عبد ودار وغلة، ويملك الموصي له بالمنفعة، وكذا بالغلة إن قامت قرينة على أن المراد بها مطلق المنفعة، أو اطراد العرف بذلك فيما يظهر، وتوجيههم لهذا القول راجع إلى أن الوصية ليست بإباحة عندهم ولا عارية، للزومها بالقبول، ومن ثم جاز له أن يسافر بها عند الأمن، ويده يد أمانة^(١).

وقال الحنابلة : إن أوصى بخدمة عبد صح، سواء وصى بذلك لمدة معلومة أو للأبد، ويعتبر خروج المنفعة من ثلث المال، فإن لم تخرج من الثلث أجزئ منها بقدر الثلث. فإن أريد تقويمها، فإن كانت الوصية مقيدة بمدة قوم الموصي بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة، ثم يقوم بمنفعته في تلك المدة فينظر كم قيمتها. وإن كانت الوصية مطلقة في الزمان كله فقد قيل : تقوّم الرقبة بمنفعتها جميعا، ويعتبر خروجها من الثلث، لأن عبدا لا منفعة له لا قيمة له غالبا، وقيل : تقوّم الرقبة على الورثة، والمنفعة على الموصى له^(٢).

ويفهم من كلام الفقهاء في الوصية بالمنافع : أنها على صور أو أنواع متعددة.

فإما أن تكون الوصية مقيدة بمدة محددة، وإما أن تكون مؤبدة، وإما أن تكون مطلقة عن التقيد بمدة، ولكل حكمه، مع اختلاف بين الفقهاء في هذه الصور، ينظر تفصيله في أبواب الوصية من كتب الفقه.

ثانيا : الإجارة

عقد الاجارة هو عقد على منفعة كما يعرفه الفقهاء «عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض»^(٣)

والمنفعة من أركان عقد الإجارة عند الجمهور، وهى : محل الإجارة عند الحنفية والحنابلة^(٤). وعند المالكية والشافعية : محل الإجارة منافع أعيان، أو منافع مضمونة في ذمة المؤجر^(٥).

(١) نهاية المحتاج ٨٣/٦ وحاشية قليوبي وعميرة ٨٤/٣

(٢) المغني والشرح الكبير ٤٧٨/٦

(٣) المبسوط : ٧٤/١٥، والمغني ٣١٦، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤ وحاشية قليوبي وعميرة : ٦٧/٣

(٤) البدائع ٢٥٥٧/٥ والمغني ٣/٦

(٥) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣/٤ وحاشية قليوبي وعميرة ٦٨/٣

واشترط الفقهاء لانعقاد الإجارة على المنفعة شروطاً :

- أولاً : أن تقع الإجارة على المنفعة لا على العين .
ثانياً : أن تكون المنفعة متقومة ومعلومة علماً ينفي الجهالة .
ثالثاً : أن تكون المنفعة مباحة ، لا معصية ، ولا طاعة مطلوب أداؤها .
رابعاً : أن تكون المنفعة مقدوراً على استيفائها .

وأما تحديد المنفعة : فقد اعتبر جمهور الفقهاء العرف في تعيين ما تقع عليه الإجارة من منفعة ، وقد تتعين بتحديد مدة الإجارة ، أو تحديد العمل ذاته ، أو العمل والمدة معاً^(١) . وتنفسخ الإجارة عند الفقهاء بانتهاء مدة الإجارة ، أو بهلاك العين المؤجرة ، أو بالإقالة . واختلفوا في انقضائها بموت أحد العاقدين ، فذهب الجمهور : إلى أن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ؛ لأنها عقد لازم^(٢) .

وذهب الحنفية إلى أن الإجارة تنفسخ «بموت أحد العاقدين لو عقدها لنفسه ، كما تنفسخ بموت أحد المستأجرين أو المؤجرين في حصته فقط»^(٣)

وعند الشافعية : تنفسخ بموت المؤجر في إجارة الوقف ، جاء في شرح المحلى على المنهاج : «ولا تنفسخ الإجارة بموت العاقدين أو أحدهما ، ويخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة ، ولا تنفسخ بموت متولي الوقف ، إلا في صورة ما إذا أجر البطن الأول من الموقوف عليهم الوقف مدة ، ومات قبل تمامها فالأصح انفساخها»^(٤) .

ثالثاً : العارية :

إذا كانت المنفعة بسبب العارية : فذهب الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أنه - إضافة إلى أنها لا تورث - لا يجوز للمستعير أن يؤجر المستعار للغير ، خلافاً للمالكية .

(١) الفتاوى الهندية ٤/٤١١ وحاشية الدسوقي على الشر الكبير ٤/١٢ ، ٢٣ ، المغني ٥/٣٢٤ والمهذب ٣٩٦/١

(٢) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٤/٣٢٢ وحاشية قليوبي وعميرة ٣/٨٤ ونهاية المحتاج ٥/٣١٤ والمغني ٥/٤٣١

(٣) البدائع ٤/٢٠٠ وشرح الدرر ٢/٢٩٩ .

(٤) المحلى على المنهاج بشرح قليوبي وعميرة ٣/٨٤

قال في الاختيار «وللمستعير أن يعيرها إن لم يختلف باختلاف المستعملين، وليس له إجارتها، فإن آجرها فهلكت ضمن»^(١).

وقال السيوطي : لا يجوز للمستعير أن يؤجر للغير، بل يستوفي المنفعة بنفسه أو وكيله، فإن أعاره فللمالك أن يرجع عليه بأجر المثل^(٢). ثم قال : كل من ملك المنفعة فله الإجارة والإعارة.

ومن ملك الانتفاع فليس له الإجارة قطعا، ولا الإعارة في الأصح^(٣)

وعلق ابن نجيم على عبارة السيوطي فقال : وهذا يتخرج على قول الكرخي : من أن الإعارة إباحة المنافع لا تمليكها، ثم قال : والمذهب عندنا أنها تمليك المنافع بغير عوض، فهي كالإجارة تمليك المنافع. وإنما لا يملك المستعير الإجارة، لأنه ملك المنفعة بغير عوض، فلا يملك أن يملكه ما بعوض، ولأنه لو ملك الإجارة لملك أكثر مما ملك^(٤).

وقال ابن رجب : «المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع»^(٥)

وعملوا لذلك : بأن العارية إباحة انتفاع، فلا تنتقل إلى الغير، وهي عقد غير لازم ينسخ بموت أحد المتعاقدين، أو جنونه، أو إغمائه^(٦).

وأما المالكية : فقال الدسوقي «مالك المنفعة جعل الشارع له الانتفاع بنفسه وبغيره، كالمالك والمستأجر، والمستعير، فلكل منهم أن يؤجر، وأن يهب، وأن يعير، كما له أن ينتفع بنفسه»^(٧)

رابعاً : الوقف.

إذا وقف شخص عينا : فإن الذي يملك هو المنفعة، ويكون ذلك بالاستغلال أو الاستعمال. وإن نص في الوقف على أحد الأمرين، فلا ينتفع إلا بما نص عليه، نظرا لشرط الواقف، لأنه كنص الشارع.

(١) الاختيار لتعليل المختار ٥٦/٣

(٢) نهاية المحتاج ١١٨/٥

(٣) الأشباه والنظائر ٣٢٦

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٥٣

(٥) القواعد لابن رجب ٢١١

(٦) المرجع السابق ١٣٠/٥ والمغني ٣٦١/٥ والأشباه والنظائر لابن نجيم ١٤٣.

(٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٣٣/٣، ٤٣٤ وحاشية العدوي على الخرشي ٧٩/٧

والفقهاء مختلفون في ملك المنفعة والانتفاع.

فالمالكية قالوا في الوقف - إذا كان على سكنى الدار - : «وإذا وقف وقفاً على أن يسكن أو على السكنى، ولم يزد على ذلك، فظاهر اللفظ يقتضي أن الواقف إنما يملك الموقوف عليه الانتفاع بالسكن دون المنفعة، فليس له أن يؤجره غيره، ولا يسكنه»^(١).

وإن كانت الصيغة محتملة لتمليك الانتفاع أو تمليك المنفعة بأن قال : «ينتفع بالعين الموقوفة بجميع أنواع الانتفاع، فهذا تصريح بتمليك المنفعة، أو يحصل من القرائن ما يقوم مقام هذا التصريح . . . فإننا نقضي بمقتضى تلك القرائن . . .»^(٢) وذهب الشافعي، وأحمد : إلى أن المنتفع يملك في الوقف - كما في الوصية - المنفعة، لاحق الانتفاع، إلا إذا نص على أن المراد حق الانتفاع، أو دلت القرائن على ذلك»^(٣).

المبحث الخامس توريث المنفعة

مذاهب الفقهاء :

تكلم الفقهاء عن حكم توريث المنفعة، يجوز أن تنتقل منفعة العين إلى ورثة المستفيد، واتفق رأي جمهورهم في بعض الصور، واختلف في بعضها الآخر، تبعاً لموضوعها، فإن المنفعة قد تكون عن إجارة، أو وصية، أو عارية، وهذه أهم صورها.

فإن كانت المنفعة بعقد إجارة أو وصية : فقد ذهب الجمهور : من المالكية، والشافعية، والحنابلة، إلى جواز توريثها، قياساً على الأعيان؛ ولأن الإجارة لا

(١) الفروق للقرافي الفرق الثلاثون.

(٢) الفروق للقرافي الفرق الثلاثون.

(٣) مغني المحتاج للإمام محمد الخطيب الشربيني، عل متن منهاج الطالبين، للإمام يحيى بن شرف النووي ٣٨٩/٢ مطبعة الاستقامة ١٣٧٤ - ١٩٥٥ بمصر. والقواعد لابن رجب ٢٠٩

تنفسخ «بموت العاقلين أو أحدهما للزومها، كالبيع، فتبقى العين بعد موت المكري عند المكري، أو وارثه، ليستوفي منها المنفعة»^(١). فيحل الوارث محل المورث إلى أن تنتهي المدة المحددة. أو أن تنفسخ الإجارة لسبب آخر، والوصية بالمنفعة كذلك لا تنتهي بموت الموصى له، لأنها تمليك، فتنتقل إلى ورثة الموصي المدة الباقية.^(٢)

أما الحنفية فعلى أصلهم في أن المنفعة ليست مالا. فإن المنفعة أو حق الانتفاع لا يورث، لأنه بقاء للمنفعة عندهم، ونقلها من شخص إلى آخر يستلزم بقاءها، والمعدوم لا ينتقل فلا يملك. فتنتهي المنفعة بموت مالکها. واستثنوا من توريث المنفعة حقوق الارتفاق، لحق المرور والشرب، والمسيل، والتعلي. فإنها تورث عندهم. وعللوا ذلك: بأن حقوق الارتفاق حقوق مالية، فيجري فيها الإرث كسائر الأموال.^(٣)

المبحث السادس حقوق الارتفاق

حق الارتفاق : هو «حق مقرر على عقار، لمنفعة عقار لشخص آخر»^(٤) «مالكه غير مالك العقار الأول»^(٥).

أو هو «حق الإنتفاع العيني الثابت لعقار على عقار آخر، بقطع النظر عن شخص المالك». وذلك كحق المرور إلى أرض من طريق هو جزء من أرض مملوكة

(١) نهاية المحتاج ٣١٤/٥ والمغني ٤٢/٦

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٤٥/٤ ونهاية المحتاج ٨٣/٦ والمغني ٤٧٨/٦

(٣) مجمع الأنهر ٥٦٧/٣

(٤) مرشد الحيران مادة : ٣٧

(٥) الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبو زهرة ٨٦

للغير، وكذا حق الشرب، والمجرى، والمسيل، وحق التعلي. فهذه الحقوق تعتبر عند الجمهور مالا، فيجوز بيعها، وهبتها، وتورث. وذلك على أصلهم في معنى الأموال.^(١)

وزهد الحنفية : إلى أن هذه الحقوق ليست أموالا، فحق الشرب لا يباع، ولا يوهب، ولا يؤجر، ولا يتصدق به، إلا تبعا للأرض، لأنه ليس بمال متقوم في ظاهر الرواية، وعليه الفتوى، ونقل عن شرح الوهابية : أن بعضهم جوز بيعه، ثم قال : وينفذ الحكم بصحة بيعه^(٢).

وأما حق المسيل فإذا كان محدداً ببيان المقدار الذي يسيل فيه الماء فبيعه جائز، ويصح بيع حق المرور تبعا للأرض بلا خلاف، ويصح بيعه وحده في رواية، وبه أخذ عامة المشايخ، وعليه الفتوى. كما لا يجوز بيع حق التعلي^(٣).

قال في فتح القدير «حق التعلي ليس بمال؛ لأن المال عين يمكن إحرازها وإمسакها، ولا هو حق متعلق بالمال، بل هو حق متعلق بالهواء، وليس الهواء مالا يباع، والمبيع لا بد أن يكون أحدهما^(٤)»

وقد اعتبر الحنفية هذه الحقوق مالية، وإن كانت ليست أموالا في ذاتها، قال الكاساني : «الشرب ليس بعين مال، بل هو حق مالي»^(٥). وعلى هذا فكل حق تعلق بمال يجوز بيعه أو هبته، تبعا لهذا المال.

(١) الأموال ونظرية العقد ١٧١. وعرفه المالكية بأنه : إعطاء منافع تتعلق بالعقار انظر البهجة في شرح التحفة للإمام أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي وهامشه للإمام محمد التاودي ٢٥١/٢ الطبعة الثانية مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٠ - ١٩٥١ بمصر. وتبصرة الأحكام لابن فرحون ٢/٣٦٦ والمغني ٥٤٦/٤ والرملي ٢/٢١٩

(٢) شرح فتح القدير للإمام كمال الدين ابن الهمام، على الهداية للمرغني ٢٠٤/٥ - المطبعة التجارية بمصر حاشية ابن عابدين ٤/١٨٣

(٣) البدائع ٨٩/٦ للإمام علاء الدين بن مسعود الكاساني - مطبعة الجمالية بمصر ١٣٢٨ - ١٩١٠.

(٤) لسان العرب مادة : بيع والاختيار لتعليل المختار ٢/٣

الفصل السابع البيع مبحث : في تعريف البيع وشروطه

البيع لغة : مبادلة مال بمال، أو مطلق المبادلة، أي سواء كان في مال أو غيره. (١)
البيع اصطلاحاً : عرفه الحنفية : بأنه مبادلة مال بمال بالتراضي (٢)، وعرفه من لا
يخسر من الحنفية بأنه : مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب، أي التجارة، فخرج به
المبادلة بطريق التبرع أو الهبة بشرط العوض، ولم يقل على سبيل التراضي، ليتناول
بيع المكره، فإنه بيع منعقد وإن لم يلزم. (٣) وعرفه الموصلي بتعريف أجمع وأدق فقال :
هو مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملكاً وتملكاً. ثم قال : فإن وجد تملك المال
بالمنافع فهو إجارة أو نكاح. (٤).

وعرفه المالكية بأنه : عقد معاوضة على غير منافع، ولا متعة لذة، ذو
مكايسة، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه. (٥) فقله : «على
غير» أي على ذوات غير منافع. «وغير تمتع» أي انتفاع بلذة، فتخرج الإجارة والكراء
والنكاح «وذو مكايسة» وهي المغالبة وخرج بها هبة الثواب، وقوله : أحد عوضيه
غير ذهب ولا فضة، بل العوضان ذهب أو فضة في المرافلة، أو أحدهما ذهب والآخر
فضة في الصرف. وقوله : «معين غير العين فيه» خرج السلم، فإن غير العين فيه
ليس معينا بل في الذمة، والمراد بالعين : ما ليس في الذمة فيشمل الغائب، فبيع
الغائب ليس سلماً. (٦)

-
- (١) فتح القدير ٤٥٥/٥
 - (٢) درر الحكام في شرح غرر الأحكام ١٤٢/٢
 - (٣) الاختيار ٣/٢
 - (٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣ والفواكه الدواني للشيخ أحمد غنيم النفراوى شرح رسالة
أبي محمد القيرواني ١٠٩/٢ - الطبعة الثالثة - مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٤ - ١٩٥٥ بمصر.
 - (٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣ و ٤

وعرفه الشافعية بما عرفه القليوبي وهو أفضل تعاريفهم : «عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأيد، لا عن وجه القرية». فخرج بقوله : «عقد» المعاوضة وب «المعاوضة» نحو الهدية، وب «المالية» نحو النكاح وب «إفادة ملك عين» الإجارة وب «غير وجه القرية» : القرض. والمراد بالمنفعة في هذا التعريف بيع نحو حق الممر، وأما التقييد بالتأيد فلا يخرج الإجارة.^(١)

وعرفه الحنابلة بأنه : «مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقا بأحدهما. أو بمال في الذمة للتملك على التأيد، غير ربا وقرض»^(٢).

فقولهم «مبادلة عين مالية» مرادهم كل جسم أبيح نفعه واقتناؤه مطلقا، فخرج : الخنزير، والخمر، والميتة النجسة. . وقولهم : «منفعة مباحة مطلقا» أي لا تختص بإباحتها بحال دون آخر، كمر دار، أو بقعة تحفر بئرا. وقولهم : بأحدهما، أي عين مالية، أو منفعة مباحة مطلقا، نحو بيع كتاب بكتاب، أو بممر في دار، أو العكس.

وقولهم : «أو بمال في الذمة» أي مبادلة عين مالية أو منفعة مباحة مطلقا بمال في الذمة، من نقد وغيره. وقولهم : «للتملك» احتراز عن الإعارة، وقولهم «على التأيد» أي بأن لم تقيد مبادلة المنفعة بمدة أو عمل، فخرج الإجارة.^(٣)

شروط البيع :

اشتراط الفقهاء لصحة البيع شروطا، منها ما يتعلق بالصيغة، ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين، ومنها ما يتعلق بالمعقود عليه، ثمنا كان أو مثمنا. وهذا الأخير هو محل اهتمامنا ههنا.

فقد اتفق الفقهاء - وفي الجملة - على اعتبار الشروط التالية في المعقود عليه سواء كان ثمنا أو مثمنا : فاشتروا :

١ - أن يكون المبيع طاهرا، فلا يصح بيع نجس لا يمكن تطهيره، سواء كان مبيعا أو ثمنا، ونص على ذلك المالكية والشافعية.

(١) حاشية قليوبي ١٥٢/٢

(٢) شرح منتهى الإرادات ١٤٠/٢

(٣) المرجع السابق

٢ - وأن يكون المبيع مالا منتفعا به انتفاعا شرعيا، ومالا نفع فيه فليس بمال، فلا يصح.

فلا يصح بيع الحشرات التي لا نفع فيها، كما لا يصح بيع ما فيه منفعة محرمة، كالخمر. واشتروطوا في المبيع : أن يكون مالا متقوما شرعا، فلا ينعقد بيع الخمر ونحوه، كما لا ينعقد بيع اليسير من المال، كحبة من حنطة؛ لأنها ليست مالا متقوما، وهذا الشرط متفق عليه.

٣ - وأن يكون مملوكا للبائع ملكا تاما وقت البيع، وهو شرط انعقاد عند الحنفية، ونص على هذا الشرط : الحنفية، والشافعية، والحنابلة. واستثني من ذلك السلم.

٤ - وأن يكون مقدورا على تسليمه، وهو شرط نفاذ عند الحنفية، فلا يصح بيع السمك في الماء، أو الطير في الهواء، كما لا ينعقد بيع المغصوب لعدم القدرة على تسليمه، وهذا الشرط متفق عليه.

٥ - وأن يكون المبيع معلوما لكل من العاقلين، علما يمنع المنازعة والخلاف، وهو شرط صحة عند الحنفية، فلا يصح بيع مجهول جهالة تفضي إلى منازعة، كبيع شاة من قطيع. وهذا الشرط متفق عليه.

وقد اشترط الحنفية شرطا آخر : وهو أن يكون المبيع مما يتعلق به الملك، فلا ينعقد بيع العشب المباح، ولو نبت في أرض مملوكة. وفي هذه الشروط تفصيل ينظر في مظانة^(١).

(١) انظر للتفصيل : فتح القدير ١/٥٠، وحاشية ابن عابدين ٤/٦، والاختيار ٢/٥، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١٠ و ١٥ و ١٥٧، وجواهر الاكلیل ٢/٤، والمجموع ٩/١٥٧ وحاشية قليوبي وعميرة ٢ و ١٥٧ و ١٦٠ و ١٨٠ و شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٢ و ١٤٥ والمغني ٤/٢٧٦ والموسوعة الفقهية مصطلح بيع، فقرة ٢٧ طبع الكويت، والفقه على المذاهب الأربعة ٢/١٦٣.

الفصل الثامن الملك المبحث الأول تعريف الملك

الملك في اللغة :

قال ابن سيده : المَلِكُ والمُلْكُ والملِكُ احتواء الشيء ، والقدرة على الاستبداد به^(١) ، والمالكية هي العلاقة بين المال والإنسان ، بالنظر إلى الإنسان ، والمملوكية هي العلاقة بينهما ، لكن بالنظر إلى المال .

الملك اصطلاحاً :

تعددت تعاريف الفقهاء له .^(٢)

عرفه ابن السبكي بقوله : هو حكم شرعي ، يقدر في عين أو منفعة ، يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه ، والعوض عنه من حيث هو كذلك^(٣) .

وعرفه القرافي بقوله : هو حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة ، يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك ، والعوض عنه من حيث هو كذلك^(٤) .

وعرفه قاسم بن عبد الله ، بن الشاط بقوله : هو تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنبابة من الانتفاع بالعين أو المنفعة ، ومن أخذ العوض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة^(٥)

(١) لسان العرب مادة : ملك .

(٢) المبسوط ١٣/١٢٢ و ٤/١١٦ ، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٤١ ، التلويح والتوضيح ٩٤/٢ و ٩٨

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣١٦

(٤) الفروق ٣/٢٠٨ وقد اعترض على هذا التعريف ابن نجيم ، فليراجع في الموضوع المذكور .

(٥) المرجع السابق ٣/٢٠٩

وعرفه صدر الشريعة بأنه : «اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه، وحاجزا عن تصرف الغير»^(١).

وقال الفنري من الحنفية : «الملك عبارة عن المطلق الحاجز»^(٢).
وعرفه الكمال بن الهمام بقوله : «هو قدرة يثبتها الشرع ابتداء على التصرف»^(٣).

وعرفه أكمل الدين البابرتي بأنه «القدرة على التصرف في المحل شرعا»^(٤).
قال ابن نجيم : وينبغي أن يقال : إلا لما منع، وهذا القيد لازم، لأنه قد يكون الشخص مالكا ولا قدرة له على التصرف، كالمحجور عليه. والمبيع المنقول مملوك للمشتري ولا قدرة له على بيعه قبل قبضه.

وعرفه الحاوي القدسي بأنه : الاختصاص الحاجز، وأنه حكم الاستيلاء؛ لأنه به يثبت لا غير، إذ المملوك لا يملك، كالمكسور لا ينكسر؛ لأن اجتماع الملكية في محل واحد محال، فلا بد أن يكون المحل الذي ثبت الملك فيه خاليا عن الملك، والخالي عن الملك هو المباح، والمثبت للملك في المال المباح الاستيلاء لا غير^(٥).
وعرفه الزركشي بقوله : «هو القدرة على التصرفات التي لا تتعلق بها تبعة، ولا غرامة دينار، ولا آخرة».
وقيل هو معنى مقدر في المحل، يعتمد المكنة من التصرف على وجه ينفي التبعة والغرامة^(٦).

وعرفه سعد الدين التفتازاني بقوله : «الملك : ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص»^(٧).

-
- (١) شرح الوقاية في مسائل الهداية ١٩٦/٢
 - (٢) حاشية الفنري على التلويح شرح التوضيح ٢١٠/١
 - (٣) فتح القدير ٧٤/٥
 - (٤) هامش فتح القدير ٧٣/٥
 - (٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٤٦
 - (٦) المنشور في القواعد للامام بدر الدين محمد بن بهار الزركشي ٢٢٣/٣، تحقيق د. تيسير فائق / الطبعة الأولى مطبعة الفليج ١٤٠٢ - ١٩٨٢ الكويت.
 - (٧) التلويح ٩٨/٢، وحاشية ابن عابدين ٥٠٢/٤، الطبعة الثانية / مطبعة مصطفى الحلبي.

وعرفه ابن تيمية بأنه : « القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية »^(١)

وقد جمع الأستاذ مصطفى الزرقاء بين هذه التعاريف بتعريف جامع مانع - وهو المختار - بقوله : الملك : هو اختصاص حاجز شرعا، يسوغ لصاحبه التصرف - إلا لمانع^(٢) .

وعرفه الشيخ محمد أوزهرة بأنه : « اختصاص بالأشياء، الحاجز للغير عنها شرعا، الذى تكون القدرة على التصرف في الأشياء ابتداء، إلا لمانع يتعلق بأهلية الشخص »^(٣) .

ومن تعاريف الفقهاء السابقة يتضح الفرق بين الملك والمال، فالملك أعم من المال بشموله للمال والمنفعة^(٤) . حتى على تعريف الحنفية للملك، ولكن لا يلزم عندهم من كون المنفعة قسيمة للمال أن تكون مالا . فقالوا : « إن المنفعة ملك لا مال » وذلك راجع إلى كون المنفعة يمكن التصرف فيها بوصف الاختصاص، فساغ أن تكون مملوكة، لكن لما لم يمكن ادخارها لحين الحاجة فارتقت المال، لأن من شأنه عندهم أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة .

أما الجمهور : فلم يفرقوا هذه التفرقة، بل صرحوا كما في تعريف ابن السبكي والقرافي : بأن الملك يتناول العين والمنفعة . والتعريف المختار حينئذ يتناول الأعيان والمنافع والديون . فيكون الملك - والحال هذه - ليس أمرا ماديا له وجود في

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ١٧٨/٢٩ الطبعة الأولى ١٣٨٣، مطابع الرياض . وقد فرق القرافي بين الملك والتصرف فقال : إن الملك عام يترتب على أسباب مختلفة : البيع، والهبة، والصدقة، والإرث، وغير ذلك فهو غيرها، ولا يمكن أن يقال : هو التصرف لأن المحجور عليه يملك ولا يتصرف، فهو حينئذ غير التصرف . فالتصرف والملك كل واحد منها أعم من الآخر من وجه، وأخص من وجه فقد يوجد التصرف بدون الملك . كالوصى، والوكيل، والحاكم، وغيرهم يتصرفون ولا ملك لهم . ويوجد الملك بدون التصرف . كالصبيان، والمجانين، وغيرهم، يملكون ولا يتصرفون . ويجمع الملك والتصرف في حق البالغين الراشدين النافذى الكلمة الكاملى الأوصاف، وهذا هو حقيقة الأعم من وجه، والأخص من وجه، أن يجتمعا في صورة وينفرد كل واحد منهما بنفسه في صورة، كالحيوان والأبيض . انظر الفروق ٢٠٨/٣ .

(٢) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقاء ٢٥٧/١

(٣) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية للشيخ محمد أبو زهرة ٦١

(٤) حاشية قلوبى وعميرة ٢٤٧/٣

الخارج، بل هو حق يرد على الأعيان والمنافع والديون، أو هو علاقة تنشأ بين المالك والشيء المملوك، فتكون العلاقة المالكية. ويترتب على هذه العلاقة أن يكتسب صاحب الملك حق التصرف، ما لم يمنعه مانع من كونه ناقص الأهلية. أو كان المال مشتركاً، أو مرهوناً، أو غير ذلك. فالمنع هنا عن التصرف فحسب، وهذا لا ينافي الملكية، لأنه منع عارض.

ويلاحظ عند التدقيق أن اختلاف تعاريف الفقهاء للملك يرجع إلى اختلافهم في جهة النظر إلى الملك باعتبارات مختلفة. فمنهم من ينظر إلى كون الملك أمراً شرعياً، اعتبره الشارع، ومنع من الاعتداء عليه. ومنهم من نظر إلى تعريف الملك باعتبار العلاقة والرابطة بين صاحب الملك والشيء، أو المال المملوك.

ولعل أقرب هذه التعاريف إلى بيان حقيقة الملك وعناصره : تعريف الإمام صدر الشريعة لولا طوله، فنختار عليه تعريف الأستاذ مصطفى الزرقاء وهو أن الملك : «اختصاص حاجز شرعاً، يسوغ لصاحبه التصرف إلا لمانع»^(١). وتوصلاً إلى ما يساعد على تحديد ملكية الاسم التجاري، ومعرفة طبيعته، نحتاج إلى معرفة علاقة الملك بغيره، فنتناول المفردات التالية : الملك والمنفعة، والملك والاختصاص، والملك والإباحة.

المبحث الثاني

الملك والمنفعة، والاختصاص والإباحة

أ - الملك والمنفعة :

العلاقة بين الملك والمنفعة علاقة من حيث المحل، وقد اصطلح الفقهاء على تقسيم الملكية من حيث المحل : إلى ملكية تامة، وملكية ناقصة^(٢).

(١) الملك في القانون كما عرفه السهوري : إن حق ملكية الشيء هو حق الاستئثار باستعماله وباستغلاله وبالتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون. الوسيط ٤٩٣/٨

(٢) حاشية قليوبي وعميرة ٢٤٧/٣

والملكية التامة : هي ملكية العين والمنفعة، فيتمتع المالك حينئذ بجميع الحقوق، التصرفات التي يمكنه الشارع منها، فيتصرف في العين والمنفعة.

وفي مرشد الحيران «الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه، عينا ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة، وبغلتها، وثمارها، ونتائجها، ويتصرف في عينا بجميع التصرفات الجائزة»^(١)

والملكية الناقصة : هي ملكية المنفعة دون العين. أو العين دون المنفعة. وعلى هذا فالملكية التامة : نوع واحد هو ملكية العين والمنفعة. وأما الملكية الناقصة فهي على أنواع : ملكية العين فقط، أو المنفعة فقط، أو الدين. على البيان التالي :

أما ملك العين والمنفعة : فهذا هو الأصل في الممتلكات على جهة العموم، فيما يملك بسببه، كالبيع والهبة. قال ابن رجب في هذا النوع : هو «عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لها»^(٢).

وأما ملك العين : ويتحقق عند تملك الرقبة دون المنفعة، فتكون الرقبة مملوكة لشخص والعين لآخر. فلا يحق حينئذ للمالك العين أن يتصرف في المنفعة أو ينتفع بها، كما لا يجوز أن يتسبب في الإضرار بمالك المنفعة بتصرفه في العين تصرفاً ضاراً. ومثل له ابن رجب والسيوطي وغيرهما «بالعبد الموصى بمنفعته أبداً، رقبته ملك للوارث»^(٣)، أو بالوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر.^(٤)

وأما ملك المنفعة : فقال ابن رجب : ملك المنفعة بدون عين له ضربان : «أحدهما : ملك مؤبد، ويندرج تحته صور عدة منها : الوصية بالمنافع، وهذه الصور تشمل جميع أنواعها، إلا منفعة البضع ففيه خلاف. ومنها : الوقف».

والضرب الثاني : ملك غير مؤبد، ومن هذا النوع : الإجارة، ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة.

(١) مرشد الحيران مادة : ١١

(٢) القواعد لابن رجب : القاعدة السادسة والثمانون، والأشباه والنظائر للسيوطي ٣٢٦

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٢٦.

(٤) القواعد لابن رجب ٢٠٩ ومرشد الحيران مادة ١٨

ومنه : ما هو غير مؤقت، لكنه غير لازم، كالعارية على وجه، وإقطاع الاستغلال .
وأما ملك الانتفاع المجرد : فهو أن يملك الانتفاع دون المنفعة، وله صور :
منها : ملك المستعير، فإنه يملك الانتفاع لا المنفعة، ومنها :
المنتفع بملك جاره من وضع خشبه وممر في دار، ونحوه...^(١)
وقال السيوطي : «كل من ملك المنفعة فله الإجارة والإعارة، ومن ملك
الانتفاع فليس له الإجارة قطعا، ولا الإعارة في الأصح»^(٢).

وأما ملك الدين : بأن يكون لشخص دين في ذمة آخر بسبب ما، «كثمن
مبيع على مشتريه، وبديل قرض على مقترض، وقيمة مال متلف على من أتلفه، ونحو
ذلك، ولا يسمى دينا إلا إذا كان المبلغ التزاما في الذمة»^(٣).
وعلى هذا : فالوديعة إذا كانت نقودا مثلا هي من قبيل ملك العين، لأنها أمانة، ولو
تصرف بها عد غاصبا فيضمن؛ لأن مبلغ الوديعة أصبح دينا في ذمته.
والجمهور - على رأيهم في مضمون المال - يعتبرون الديون أموالا لعدم
اشتراطهم كون المال عينا يمكن إحرازها - كما سبقت الإشارة - والحنفية كما هو أصل
مذهبهم في مضمون المال لم يعتبروا الديون أموالا حقيقة، بحيث يتصور قبضها
فقالوا : «الدين مال حكما لا حقيقة، ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول، لعدم
المالية الحقيقية»^(٤) «فهم يعتبرون الدين مالا حكما لا حقيقة لكونه معدوماً، وإنما
جعل مالا لحاجة الناس إليه في المعاملات، فهو ليس بشيء حقيقة، ولكنه وصف
حكمي يلحق بالأموال باعتبار أنه يصير مالا بالقبض»^(٥).

لكن الراجح عند جمهورهم - كما هو اتفاق الفقهاء - : أن الديون محل
للملك، وخالف في ذلك بعض الحنفية، وقالوا : إنها لا تملك، لأنها وصف
شرعي. وفي حاشية ابن عابدين «والحق ما ذكروا من ملكه». وكذلك في فتح
القدير.^(٦)

(١) القواعد لابن رجب ٢٠٩ والاشباه والنظائر للسيوطي ٣٢٦

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٢٦

(٣) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقا ٢٧٥/١

(٤) فتح القدير ٢٥٠/٥

(٥) الملكية في الشريعة الإسلامية - للدكتور عبد السلام العبادي ١٨٦/١.

(٦) حاشية ابن عابدين ٢٩٩/٤ وفتح القدير ٣/٥ أفاد ذلك الدكتور عبد السلام العبادي في كتابه
الملكية ١٨٦/١

أسباب الملك الناقص :

يثبت ملك المنفعة دون العين بأسباب متعددة :

١ - الإجارة : فيملك المستأجر منفعة العين خلال مدة الإجارة، وله استيفاء المنفعة المقررة بنفسه، كما أن له أن ينقلها إلى غيره، كأن يملكها لآخر بعوض أو بغير عوض، بشرط أن لا تختلف المنفعة باختلاف المستفيدين. فإن اختلفت احتاج إلى إذن المؤجر.

٢ - الإعارة : مذهب الحنفية - عدا الكرخي - ومذهب المالكية، وهو وجه للحنابلة : أن الإعارة تفيد تملك المنفعة؛ لأن المعير سلط المستعير على تحصيل المنافع، وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها، والتسليط على هذا الوجه يكون تملكاً لا إباحة، كما في الأعيان.

وعرفت بأنها : تملك المنفعة بلا عوض.^(١) ومذهب الشافعية، والحنابلة، والكرخي من الحنفية : أنها تفيد إباحة المنفعة؛ وذلك لجواز العقد من غير أجل، ولو كان تملك المنفعة لما جاز من غير أجل بالإجارة. وأيضاً الإعارة تصح بلفظ الإباحة. والتمليك لا ينعقد بلفظ الإباحة، وعرفت بأنها : إباحة الانتفاع بملك الغير.^(٢)

٣ - الوصية : تملك منافع الأعيان بالوصية، ويجوز للموصى له أن يستوفي المنفعة بنفسه، أو يملكها غيره، إذا لم تكن الوصية مقيدة.

٤ - الوقف : وتملك منافع الأعيان بالوقف لشخص أو مجموعة من الأشخاص، وتستوفي المنفعة بالنفس أو بالغير، حسب شروط الواقف.

ب - الملك والاختصاص :

ينبغي التفرقة بين الملك والاختصاص، كما فرق جمهور الفقهاء : المالكية، والشافعية، والحنابلة.

فالاختصاص عند الجمهور : هو حق التصرف الناقص، ويكون للمنافع. فالمالكية حصروا الاختصاص بالمنافع، كإقطاع الإمام أرضاً من موات، والسبق إلى المباحات، ومقاعد الأسواق والمساجد، وما إلى ذلك.^(٣)

(١) الموسوعة الفقهية مصطلح «إعارة» ١٨٨/٥ مطبعة الموسوعة الفقهية ١٤٠٥ - ١٩٨٤ الكويت. وانظر : مجمع الأنهر ٤٥٢/٣ والأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٥٣، وحاشية الدسوقي والشرح الكبير ٤٣٣/٣، والفروق للقرافي ١٩٣/١، والمغني ٢٢٧/٥.

(٢) الموسوعة الفقهية ١٨٨/٥، وانظر حاشية قليوبي وعميرة ١٧/٣، وكشاف القناع ٣٣٤/٢، والاختيار ٥٥/٣.

(٣) حاشية الدسوقي ٦٨/٤.

وقال الشافعية : «إن الملك يتعلق بالأعيان والمنافع ، والاختصاص إنما يكون في المنافع ، وقالوا : إن الاختصاص أوسع ، ولهذا شواهد .
منها : أنه يثبت فيما لا يملك من النجاسات : كالكلب ، والزيت النجس ، وجلد الميتة ، ونحوه .
ومنها : من قعد بنحو مسجد أو شارع ، فإنه لا يزعب عنه» .^(١)

وذكر العزيز بن عبد السلام : أن «الاختصاص بالمنافع على أنواع ، وعد منها :
الاختصاص بإحياء الموات بالتحجر والإقطاع ، والاختصاص بالسبق إلى المباحات ،
والاختصاص بالسبق إلى مقاعد الأسواق ، والمساجد ، والربط ، والمدارس ، ومواقع
النسك»^(٢)

وقال الحنابلة : «إن حق الاختصاص هو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ، ولا يملك أحد مزاحمته فيه ، وهو غير قابل للشمول - أي شمول كل صور الانتفاع - والمعاوضات ، ويدخل تحت ذلك صور ، عدوا منها : الكلب المباح اقتناؤه ، كالمعلم لمن يصطاد فيه .
ومنها : الأدهان المتنجسة المنتفع بها بالإيقاد وغيره - على القول بالجواز - فأما نجسه العين كدهن الميتة ، فالمنصوص : أنه لا يجوز الانتفاع به .
ومنها مرافق الأملاك : كالطرق والأفنية ، ومسيل الماء ، ونحوها ، هل هي مملوكة ، أو ثبت فيها حق الاختصاص ؟ وفي المسألة وجهان :
أحدهما ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك .
والثاني : الملك .

ومنها : الإقطاع ، وهو ضربان : إقطاع إرفاق ، كإقطاع مقاعد السوق ، ورحاب المساجد ، فهذه يجوز للإمام إقطاعها ولا يملكها المقطع .
وإقطاع موات من الأرض لمن يحييها ، ولا يملكه بل يصير أحق به .^(٣)

(١) قواعد الزركشي ٢٣٤/٣ ، وحاشية قليوبي وعميرة ١٦٠/٣ ، ونهاية المحتاج ١٤٥/٥ ، وراجع كلام الشافعية في بيع الاختصاص في حاشية قليوبي وعميرة ٩٢/٣ و ١٨٠/٣ ، وعدم جريان الهبة فيه ١١٠/٣ .

(٢) قواعد الأحكام ٨٦/٢

(٣) القواعد لابن رجب ٢٠٤ رجب ٢٠٤ يتصرف يسير ، والمغنى ١٦٦/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٣٢٧/٢ .

وأما الحنفية فإنهم يعبرون عن (الاختصاص) بـ (الحق) أو (الاستحقاق) لكن مفهومه واحد عندهم، كما هو عند الجمهور، والاختلاف في الفروع. ولا مشاحة في الاصطلاح. يقول الكاساني: «لو حجر الأرض لا يملكها بالإجماع، لأن الموات يملك بالإحياء، ولكن صار أحق بها من غيره، حتى لم يكن لغيره أن يزعمه. لأنه سبقت يده إليه، وإذا نزل بأرض مباحة أو رباط، صار أحق بها، ولم يكن لمن يجيء بعده أن يزعمه عنها.»^(١)

وعلى هذا فيختلف الملك عن الاختصاص، من حيث الموضوع، ومن حيث ما يترتب على كل منهما من آثار.

فالملك موضوعه ومحلّه كل ما أجاز الشارع الانتفاع به، ويترتب عليه حق الملك التام، وحرية التصرف الكاملة.

وأما الاختصاص فموضوعه ومحلّه المنافع، أو المرافق العامة: كالأسواق، والطرق، والأراضي الموات، التي يقوم الشخص بتحديدّها، ووضع العلامات عليها، ومحلّه أيضاً ما حرّمه الشارع ابتداءً، وأجاز الانتفاع به في ظروف وحدود معينة، كالانتفاع بجلد الميتة، وكلب الصيد والحراسة، على خلاف بين الفقهاء في هذه الفروع.

٥ - الملك والإباحة :

عرف الجرجاني الإباحة بأنها : الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل، في حدود الإذن.^(٢)

(١) البدائع ١٩٥/٦، كما استخدم الكاساني لفظ «الاختصاص» في استدلاله على اعتبار الكلب مالا، فقال : «والدليل على أنه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا» والدليل على أنه مباح الانتفاع به شرعا على الإطلاق أن الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد مطلق شرعا. لأن شرعه يقع سببا ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة» البدائع ٣٠٦/٦، طبع مطبعة الإمام.

(٢) التعريفات ٢ بتصرف للإمام الشريف على بن محمد الجرجاني - الطبعة الأولى ١٤٠٣ - ١٩٨٣ بيروت.

وعرفها الزركشي بأنها : تسليط من المالك على استهلاك عين أو منفعة ، ولا تمليك فيها .^(١) وعرفها الشيخ على الخفيف بأنها : حق يثبت للإنسان أثرا لإذنه بأن ينتفع .^(٢)

والإباحة قد تكون خاصة ، بأن يأذن المالك بالانتفاع من العين ، سواء كان مالكا للعين أو المنفعة . إما باستهلاكها ، كأن يأذن له أن يأكل طعامه ؛ أو أن يأذن له بمنفعة العين ، كأن يأذن له أن يستخدم دابته .

ويترب على الإباحة جواز التصرف بالعين أو المنفعة في حدود الإذن ، دون أن يتعدى الجواز إلى التصرف بالانتفاع أو العين تصرفا مشعرا بالملكية ، كأن يبيع ، أو يهب ، أو يؤجر . ولا يجوز الانتفاع لغير المأذون له ، كما لا يجوز له أن يوكل أو ينيب آخر ، بل ينتفع بنفسه .

وقد تكون الإباحة عامة ، وتكون حينئذ من الشارع ، إما للانتفاع كما في استخدام الطرق العامة والمصالح العامة . وإما للتمليك : كإباحة الصيد ، وإحياء الموات .

وعلى هذا فإن الأثر المترتب على الإباحة يختلف فيما إذا كان الإذن من الشارع أو من العباد ، فإذا كان الشارع يفيد الملك أو الاختصاص . وإذن العباد فيه الخلاف بين الفقهاء ، هل تناول المباح على ملك المبيع أو على ملك المباح له ، وهل يرتفع الضمان مطلقا؟ وخلافهم أيضا في حكم المباح المستهلك ، وفي المال المشور على وجه الإباحة .

والذى غمى إليه : أن الإباحة لا تفيد في ذاتها تمليكا ، وإنما هى طريق إليه ، والذى يملك تمليك المباح صاحبه - مالك العين أو المنفعة - ومجرد الإذن له ليس تمليكا . «ولكنه بانتفاعه واستيفائه ما أذن فيه يتملك ما استوفاه ، فالضيف يتملك الطعام بوضعه فيه ، ومن نثر عليهم النقود في الأفراح والمحافل - حسبما جرت به العادة - يملكونها بالتقاطها» .^(٣)

(١) قواعد الزركشي ٧٣/١

(٢) أحكام المعاملات للشيخ على الخفيف ٤٢

(٣) أحكام المعاملات للشيخ على الخفيف ٤٤ - وتراجع المسألة وتفصيل خلاف الفقهاء في كتاب «الاباحة عند الأصوليين والفقهاء» للدكتور محمد سلام مذكور ٢٥٣ وما بعدها ، الطبعة الثانية المطبعة العالمية ١٩٦٥ بمصر .

الفصل التاسع التكييف الشرعي للاسم التجاري

إن معرفة طبيعة الاسم التجاري هي أساس الحكم الشرعي ومبناه ومسوّغه ، وكلما تحددت صفة وطبيعة الموضوع أمكن إلحاق الحكم الشرعي المناسب له .

ولقد عرفت مفاصل الاسم التجارى وما في حكمه على وجه التفصيل ، وجرى بحث الموضوع في الأطر التي تحكمه ، أو التي يدخل هو مفرداً في موضوعها ، سواء في ذلك الجانب القانوني باعتباره المنظم للواقعة ، أو الفقه الإسلامي باعتباره الجهة المطلوب منها الحكم الشرعي ، ليكون البديل المشروع في الواقعة محل البحث .

وسوف نوضح طبيعة الاسم التجاري في أمرين يؤول إليهما غيرهما ، وينبني الحكم الشرعي على وفقهما :

الأول : هو إثبات أن الاسم التجاري في مفهوم الفقه الإسلامي يعتبر حقاً .
والثاني : أنه يعتبر منفعة .

الأول : الاسم التجاري حق .

يفهم من تعريف الاسم التجاري - السابق - من أنه «الاسم الذي ارتضى التاجر التعامل بواسطته، ليميز منشأته عن نظائرها» : أنه في حقيقته عبارة عن علاقة تنشأ بين هذا الاسم التجاري المتضمن لسلع معينة ، وبين الجمهور .
جسد هذه العلاقة جهد التاجر واجتهاده في تمييز سلعته وتجويدها ، بحيث اكتسب الاسم التجاري سمعة وشهرة ، جعل الإقبال عليه كبيراً ، وتعارف جمهور الناس ، أو جمهور منه على صلاحيته ، وجودة ما يشير إليه هذا الاسم دون غيره .

ولا ريب أن صاحب الاسم التجاري لم يكتف بإطلاق اسم مجرد لسلعته أو بضائعه، وإنما ضمن هذا الاسم صفات ميزته عن غيره من الأسماء والسلع، ولا يتحقق ذلك إلا بنوع إتيان يعرف به، وينفرد عما سواه، أو ينافس به غيره من الأسماء الجيدة السمعة، ولولا ذلك الإتيان ما كان لهذا الاسم مزية على غيره، ولكان اسماً مجرداً لا قيمة له، فلا سمعة ولا شهرة حقيقية يخشى عليها حتى تطلب حمايتها. بل إن الاسم التجاري رديء السمعة يهبط بسعر السلعة عند إرادة بيعه، وقد يكون ذلك سبباً في خسارة كبيرة. ولذلك يعتمد راغب الشراء على اتخاذ اسم تجاري جديد، وفي هذا إشارة إلى أن الاسم التجاري طيب السمعة له قيمة ذاتية.

ومن جانب آخر فإن التاجر الذي نجح في إيجاد اسم تجاري له سمعة وشهرة، قد بذل جهداً ذهنياً وأموالاً ووقتاً ليس بالقليل، حتى بنى هذا الاسم، وأنزله منزلة مقبولة لدى الكافة أو جمهور الناس.

ولا شك أن جهده هذا قد ساعده فيه استشاريون ومختصون ليضمن أحسن المواصفات لسلعه، وأفضل طرق ترويج وتسويق هذه السلع، وهذا لا ريب كلفه أموالاً طائلة، أخصها وأهمها ما بذله من دعاية لازمة لترويج الاسم التجاري. وقد أصبحت الدعاية اليوم من مستلزمات العمل الناجح، لتزاحم الأصناف المتماثلة والمتشابهة إلى حد كبير، يكاد يصل حد التطابق في المواصفات.

فما لم يصاحب الاسم التجاري بيان وترغيب بأساليب متعددة، فإن السلع الجيدة تبور، وتضيع قيمتها في غمرة الدعايات المؤازرة لأسماء تجارية أخرى مشابهة، أو قد تقل عنها جودة.

فالدعاية للاسم التجاري ضرورية، لإيجاد السمعة والشهرة، ولحماية هذه السمعة بعد تحققها، ولذا فإن التاجر محتاج إلى الاستمرار في الدعاية والإعلان بين الفينة والأخرى، كي يأمن استمرار اسمه التجاري في الأذهان حياً ومرغوباً، بعيداً عن المنافسة التي قد تستبدل به غيره.

ولا ريب أن هذا بذل مادي ضخم، موضوعه وسببه الاسم التجاري، أو بمعنى أصح : موضوعه السمعة والشهرة، التي يمثل الاسم التجاري وعاءها وعنوانها.

ولا يخفى : أن الدعاية والإعلان لا تعني بالضرورة واقعا حقيقيا يمثل الاسم التجاري بالمواصفات التي تحملها عنه هذه الدعاية، فقد تكون دعاوى ليس لها في الواقع وجود، وهذا غش وتدليس، لا ينفي المصلحة ولا يرفعها، ولكنه يشوب هذه المصلحة بنوع غش وخداع ينبغي كشفه، وحماية أصحاب المصالح المشروعة الجادين في أسمائهم التجارية منه، وحماية جمهور الناس من مثل هذه الدعايات الموهمة غير الواقع.

وعلى كل الأحوال : فإن العرف الجاري والتجربة المتكررة بين الناس تجعل الاسم التجاري الذي يعبر عن واقع وحقيقة - إذا صحبته دعاية كافية - راجحاً على الاسم التجاري الذي يعبر عن زيف وخداع، وإن ضخمت دعايته، فالبقاء للأصلح في أسواق الناس.

فالاسم التجاري - والحال هذه - له واقع ملموس، كما أن له قيمة ذاتية مستقلة عن السلع التي يمثلها ويحتويها.

وإلى جانب ذلك : فإن للاسم التجاري أيضا أهدافا وأغراضا يحققها. أخصها وأهمها : أنه يحفظ السلع من التقليد والتزييف، ويوجد ارتباطاً وصلة وانطباعاً معيناً بينه وبين الجمهور، هذا الارتباط الذي ينتج ما نسميه السمعة والشهرة التجارية.

ولاشك البتة : أن هذه السمعة في حقيقتها وواقعها مصلحة فعلية بالنسبة للتاجر من جانب، ولعامة الناس المتعاملين من جانب آخر.

فأما مصلحة التاجر : فإنه قد بذل من جهده وفكره وأمواله الشيء الكثير في سبيل هذا الاسم، ليضمن لبضائعه رواجاً وسمعة ونجاحاً، فمن مصلحته الخاصة أن يتحقق له ذلك، وبالتالي فمن مصلحته أو من حقه أن يحمي جهده وفكره وأمواله، أو بمعنى آخر أن تحفظ قيمة اسمه التجاري فلا يتعرض للتقليد أو التزييف، كما تحفظ سمعته من التشويه.

والمصلحة ههنا هي عنوان الحق والدالة عليه، أو هي في الحقيقة الحق ذاته. وأما مصلحة العامة : فإن من مصلحة أفراد المجتمع بعامة، ومن حقهم أن يحصلوا على البضائع التي تحمل مواصفات جيدة يحتاجون ويرغبون فيها. فمن

حقهم - والحال هذه - أن يحمى هذا الاسم التجاري المرغوب، دفعا للغش والتزييف، وهذا كله مرجعه عند التحقيق إلى مصلحة المجتمع ذاته، إذ من المصلحة الاجتماعية : أن تخلو أسواق الناس من السلع الرديئة والمغشوشة، وتسوده السلع الجيدة، ويمكن أفرادها من الحصول على البضائع ذات السمعة والشهرة التي تعبر حقيقة عن الجودة والصلاحية.

ومن هذه الناحية يجب على الدولة أن تقر هذا الواقع وتحميه، فهو يمثل مصلحة اجتماعية عامة، ولا يكون لها ذلك إلا بحماية مصلحة التاجر صاحب الاسم التجاري المقبول، فهو السبب الفعلي في وجود هذه المصلحة، وهو بالتالي المُمَكِّن شرعا من التصرف، فهو في كل ذلك صاحب حق ولا شك.

فإذا كان هذا كله من شأن الاسم التجاري. فإنه لا ريب يعتبر في قواعد الشرع ومقاصده حقا شرعيا تجب حمايته، ومنع الاعتداء عليه، وترتيب الآثار الشرعية لصاحبه كاملة، شأنه شأن الأعيان المملوكة.

وقد أثبتنا سابقا : أن الحقوق أموال، وهي من هذا الجانب يجري فيها الملك والاختصاص ما دام محلها مالا، أوله تعلق بالمال وكان قابلا للتجزؤ. فالاسم التجاري من هذا الوجه مال يجري فيه الاختصاص والملك. الثاني : الاسم التجاري منفعة.

تبين من تفصيل الموضوع سابقا بمالا مجال للتردد فيه : أن للاسم التجاري منفعة يشكل الاسم التجاري عنوانها ووعاءها، وتنسب المنافع حينئذ للاسم التجاري، وهذه المنافع أشبه بمنافع الأعيان، ولكنها منافع إيجابية، نامية، وقد تستمر في غوها وتوسيع رصيد عملائها، وقد يضم ذلك تبعا لعوامل خارجية وذاتية : من قوة الدعاية لها، وتطوير سلعها، وإجادة تصنيعها، وإتقانها، وتحسين الخدمات المقدمة، وما إلى ذلك.

فنمو منافع الاسم التجاري يعتمد على مدى الجهد الذهني المبتكر، والجهد المالي، والنشاط العملي المبذول. وكلما كانت الجهود المبذولة مركزة وفعالة كلما كان ثبات الاسم التجاري ورسوخه وغماءه وانتشاره كبيرا. ولذا فإن مجال التنافس فيه كبير في سبيل تقديم الأفضل في جانبي الإبداع الفكري والحضاري.

وهذا يشير إلى حقيقة أن الاسم التجاري إنما هو منفعة في مفهوم الفقه الإسلامي، فيسري عليه ما يسري على منافع الأعيان، سواء بسواء.

لكن مع ملاحظة أن منافع الأعيان محدودة ثابتة مرتبطة بأعيانها، لا تستوفي دونها. في حين أن منافع الاسم التجاري منفصلة عن مصدرها، وهو صاحب إنتاجها وإبداعها، بدلالة تصور إمكان بيع الاسم التجاري منفردا عما يمثله من بضائع، وقد يستخدم لترويج نوع آخر من السلع، وينفصل عن صاحبه ومبدعه، لينتقل إلى آخر ويرتبط به.

ومن جانب آخر: فإن الاسم التجاري بماله من شهرة وسمعة لا يمثل في حقيقته المادة المصنعة، أي لا يمثل محل الاتجار وعينه، فهذه المادة المصنعة هي بمثابة مصدر هذه الشهرة ومنبعها، ولا يبعد القول: بأن الشهرة والسمعة ثمرة هذه العين، وهي ثمرة غير محسوسة، أو بمعنى أصح منفعة غير محسوسة. وتأخذ هذه الثمرة قيمتها باعتبار مالها من مواصفات متميزة ومميزة لهذه العين عن غيرها.

وعلى هذا: فإن الاسم التجاري صفة معنوية مستقلة، نتجت عن عين، هي مادة تجارية، بذل التاجر في سبيل إتقانها وتسويقها جهده فكريا وماديا، فهي - والحال هذه - ثمرة منفصلة ومستقلة عن مصدرها استقلالا ماديا، وهي وإن كانت ثمرة ومنفعة، إلا أنها تختلف عن منافع الأعيان التابعة والمرتبطة بمثل العقارات والمنقولات، من حيث أن مصدر منافع الأعيان، هي ذات الأعيان فحسب، في حين أن مصدر منافع الاسم التجاري: الجهد الذهني والمادي المبذول في هذه الأعيان. ولما كان الاسم التجاري مصدره الجهد الذهني والمادي المنسوب لصاحبه كان وجوده نسبيا في السلع من النوع الواحد، وكان ذلك أدعى للتنافس والإبداع، مما يكسب الاسم التجاري التميز شهرة وسمعة حقيقية. وهذا مما يحقق مقاصد الشارع في تأمين الأصلح لمعيش الناس، وهذه مصلحة معتبرة شرعا، فإذا تعارف الناس وتوافقوا على تفضيل اسم تجاري على آخر، كان هذا بمثابة مصلحة مستندها العرف.

ولما كانت المصلحة منفعة - كما قررنا سابقا - والمنفعة مال متقوم على رأي جمهور الفقهاء: من المالكية، والشافعية، والحنابلة، ومتأخري الحنفية، وهي كذلك أموال متقومة على رأي متقدمي الحنفية، إذا ورد العقد عليها تحقيقا لمصلحة

الناس، فإذا كان ذلك كذلك فيمكن القول : إن الاسم التجاري يعتبر مالا في الفقه الإسلامي لا ريب.

وإذا كان الاسم التجاري منفعة ومالا متقوما صلح أن يكون محلا للملك . لأن الناس تعارفوا على تموله وتقييمه واعتباره، حتى يجري العرف بالاعتياض عنه بمقياس مدى ما فيه من منفعة متحصلة من استخدام مصدره .

فعين الاسم التجاري ليس مقصودا لذاته، بقدر ما هو مقصود من تحصيل منافعه، كما قال العز بن عبد السلام : «إن المنافع هي المقصود الأظهر من جميع الأموال»^(١) إذ لا يمكن أن تحاز المنافع إلا بطريق حيازة أعيانها، وما دام العرف قد جرى بين الناس بالاعتياض عن الاسم التجاري فهو - والحال هذه - يمثل قيمة مادية؛ لأن الناس لا يعتاضون ما لا قيمة له، وما له قيمة هو مال؛ لأنه كما قال الشافعي - وسبقت الإشارة إليه - : «لا يقع اسم مال إلا على ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه، وإن قلت، ومالا يطرحه الناس»^(٢) فما يتموله الناس ولا يطرحونه فهذا منهم دليل على ماليتة ومنفعته، ولذا رأينا قولهم : «إن مالا منفعة فيه ليس بمال، فلا يقابل به»^(٣). فكل ما فيه منفعة فيه قيمة، ويقدر المنفعة تكون القيمة، أي المالية. فالمنفعة مناط القيمة، سواء في ذلك الأعيان، أو المنافع، أو الأمور المعنوية.

ومن جانب آخر فإن الجمهور - كما رأينا - يرى أن الملك علاقة معتبرة شرعا بين المالك والمملوك، وهذه العلاقة علاقة اختصاص، أو هو صفة شرعية يمنحها الشارع من يستحقها. والمال وصف شرعي، كما قال الشاطبي : «المال ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه»^(٤).

فالمال ههنا وصف شرعي، أو اعتبار من الشارع بوجود هذه العلاقة، وما تستتبعه من حق التصرف ومنع الغير من الاعتداء عليه.

(١) قواعد الأحكام ١٧/٢

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٢٧

(٣) حاشية قليوبي وعميرة ١٥٧/١

(٤) الموافقات ١٧/٢

ويترتب على ذلك : أن هذا الاعتبار الشرعي له دور في مالية الشيء، بل لولاه ما اعتبر الشيء مالا، فكل ما يعتبره الشارع من هذا الوجه هو مال، سواء أكان عينا أم منفعة أم حقا^(١).

فمدار المالية على المنفعة عند فقهاءنا، لا على كون الشيء من الأعيان، قال البهوتي : «إن المال ما فيه منفعة مباحة»^(٢).

فقد يكون عينا لا منفعة فيه، فليس هو بمال حينئذ، وقد يكون غير عين تصحبه منفعة، فيعتبر مالا إذا كانت المنفعة محترمة شرعا، ومتقومة عرفا، ويمكن إحرازها، ولا يحتتم الفقهاء في تحقق ملك المنفعة ملك العين، وإنما يعتبرون إمكان الحيازة كافيا في تحقق الملك.

فإذا جرى الملك في الأعيان أو المنافع اعتبر المحل مالا، «فإن جريان الملك في الأعيان يستلزم ماليتها ما دام الانتفاع بها مباحا شرعا. وجريان الملك في المنافع يستلزم ماليتها شرعا أيضا - على الراجح في الفقه الإسلامي المقارن - والمعاوضة أساسها الملك»^(٣) وهي جارية عرفا في الاسم التجاري وما في حكمه، كالابتكار الذهني، وقد بين الشيخ على الخفيف صفة المالية ومناطها فقال : «ومن الفقهاء من صرح بأن المالية ليست إلا صفة للأشياء، بناء على تمول الناس، واتخاذهم إياها مالا ومحلا لتعاملهم، ولذلك لا يكون إلا إذا دعته حاجتهم إلى ذلك، فمالت إليه طباعهم، وكان في الإمكان التسلط عليه، والاستئثار به، ومنعه من الناس، وليس يلزم لذلك أن يكون مادة مدخرة لوقت الحاجة، بل يكفي أن يكون الحصول عليها ميسورا عند الحاجة إليها غير متعذر، وذلك متحقق في المنافع، فإذا ما تحقق ذلك فيها، عدت من الأموال، بناء على عرف الناس وتعاملهم»^(٤) «فالمنفعة تعتبر أساسا للقيمة والمالية، ولو كانت ترفيهية يسيرة الشأن، كما في تغريد بلبل، أو تصويت ببغاء»^(٥).

(١) الحقوق أموال عند المالكية، انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٥٧٧، وسيأتي لذلك ذكر لاحقاً.

(٢) الإقناع ٥٩/٢

(٣) حق الابتكار للدكتور فتحي الدريني ٣٠

(٤) الملكية ١٣/١

(٥) حق الابتكار للدكتور فتحي الدريني ٣٣

وعلى هذا كله يمكن القول مع الاطمئنان : إن الاسم التجاري منفعة ومال من جانب، وهو حق - في ذات الوقت - من جانب آخر، ولما كانت الحقوق أموالاً يجري فيها الاختصاص والملك ما دام محلها مالا، أوله تعلق بالمال، ويقبل التجزؤ، فإن الاسم التجاري من هذا الوجه مال ومنفعة وحق.

التصرف بالاسم التجاري :

إن التصرف بالاسم التجاري - وما في حكمه - ينبنى على الكلام في التكييف الفقهي الشرعي له، وقد استقر الرأي واطمأنت النفس تماماً إلى القول : بأن الاسم التجاري حق ومنفعة ومال، يجري فيه الملك، وما دام ذلك كذلك فإن الأصل أن تسري فيه، وتجري عليه جميع التصرفات الجارية في الأعيان.

لكن لما كان موضوع الاسم التجاري والحكم الشرعي فيه مستجداً، احتاج توثيق الحكم فيه إلى أمرين :

تأصيله وتكييفه أو بيان طبيعته من جهة، وإثبات إمكان تطبيق هذا التأصيل على فروع المسألة من جهة أخرى، فإذا التقياً وتضافراً تأكد الاطمئنان في سلامة الحكم في أصل المسألة. ومن هنا كانت الحاجة إلى بيان مدى قبول الاسم التجاري لإجراء التصرفات عليه. بعد أن عرفنا أن تكييفه أمراً ملحاً.

فبناءً على التكييف السابق نستطيع القول : إن جمهور الفقهاء على جواز بيع الاسم التجاري، وإجراء التصرفات عليه بمثل ما تجري على الأعيان، سواء بسواء، مع ملاحظة أمرين.

الأول : اختلاف طبيعة الأعيان عن المنافع والحقوق.

والثاني : أن يكون الاسم التجاري يعبر عن واقع حقيقي لا صوري، خال عن الكذب والتزييف.

وبيان ذلك يتضح في جانبين أساسيين، يجمعان شتات الموضوع، ويسوغان القول بجواز إجراء التصرفات على الاسم التجاري.

وهذان الجانبان هما : كون الاسم التجاري حقاً، وكونه مالا.

الجانب الأول : الاسم التجاري حق : فقد أثبتنا فيما سبق أن الاسم التجاري في حقيقته مصلحة وحق، وقد رأينا اتجاه جمهور الفقهاء إلى اعتبار العلاقة الاختصاصية المباشرة بين التاجر والاسم التجاري، بحيث يكون مسئولاً مسئولية

كاملة عن هذا الاسم التجاري تجاه الآخرين ، وفي ذات الوقت يمتنع على الآخرين الاعتداء على هذا الاسم ، حتى يكون الاعتداء عليه اعتداء على حق مالي/مستقر ، ما دام الاسم التجاري يمثل منفعة ذات قيمة في عرف الناس . والعلاقة إذا كانت على هذا الوجه تكون في فقه الشرع علاقة حق عيني ، فيكون الاسم التجاري حقاً عينياً مالياً إذ الحقوق أموال - كما نص عليه المالكية - سواء أكانت مالية أو غير مالية^(١) مع استثناء الحقوق التي لا تقبل التجزؤ - كما سبق التنويه - .

الجانب الثاني : الاسم التجاري مال : إن الاسم التجاري مال لما فيه من منفعة كبرى ، هي أهم منافع المتجر ، بل إن المتجر دون هذا الاسم والشهرة والسمعة التي تجلب الجمهور لا معنى له ، ولا قيمة تجارية حقيقية فيه .

ولقد ثبتت هذه المنفعة وتأكدت من تعارف الناس والتجار منهم على سبيل الخصوص ، على اعتبار القيمة والمنفعة في هذا الاسم التجاري ، فقبلوا التعاوض فيه . والمعاوضة أساس الملك ، والملك مال عند المالكية ، ونظراً لما فيه من قيمة فهو مال عند الشافعية ، والحنابلة - كما سبق بيانه - .

وبالنظر إلى كل من هذين الجانبين سواء مجتمعين أو منفردين ، تصلح كلها أن تكون محلاً للملك ، فيجري فيها - في خصوص الاسم التجاري - جريانه في غيرها من الأعيان ، فالملك يتحقق دون نظر إلى كون محله عيناً أو منفعة أو أمراً معنوياً ، ما دام بالإمكان حيازته واستيفاءه أو الاختصاص به ، إذ الاختصاص يقوم مقام الحيازة فيما لا تقبل طبيعته الحيازة المادية كالديون . وإذا كان ذلك كذلك فإن الاسم التجاري يجري فيه الملك والاختصاص ، فيجوز التصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ، وما إلى ذلك . كما يجري فيه الإرث ويلزم ، كما يلزم ضمانه عند التلف ، وفي الجملة يجري فيه ما يجري في الأعيان ، إذ حاله من حالها ، فحكمه حكمها . مع مراعاة طبيعة كل منها .

هذا هو الحكم في أصل الموضوع ، أما فروعه وتطبيقاته فينبغي أن يراعى فيها ما يشترط لصحة التصرف فيها من شروط .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٥٧/٤

فيراعى في بيع الاسم التجاري أن لا يترتب على هذا البيع غرر من شأنه إبطال العقد وإفساده، فبيع الاسم التجاري يلزمه بيع مضمونه فيما يدل عليه من جودة وإتقان ومواصفات للسلع المشمولة في وعائه. فإن انفصلت الجودة والإتقان عن ذات الاسم التجاري كان ذلك تدليسا وغشا، لما يوقعه من توهم الجودة، ولما يوقعه من تغرير وتدليس للناس في إقبالهم على ذات السلع، بناء على معهودهم في هذا الاسم التجاري الذى يستوعبها. فإن البيع في هذه الحال عقد باطل لما فيه من غرر في المثلث وهو الاسم التجاري.

أما إذا انتقل الاسم التجاري مع ما يدل عليه من جودة بضائعه وثبات صفاته المعهودة لدى المتعاملين معه، فإن تغير صاحب الاسم التجاري لا يغير من الأمر شيئا، فقد انفصل الاسم بمزاياه وشهرته إلى غيره، فلا يترتب على هذا تدليس أو تغرير.

يستوى في ذلك أن يكون محل البيع الاسم التجاري وما يستوعبه من سلع وملحقاتها، أو بيع الاسم التجاري منفردا، مع اشتراط أن ينشئ المشتري مضمونا جديدا من السلع لهذا الاسم، بذات المواصفات والجودة المعهودة من ذي قبل. فإن لم يكن ذلك فيجب أن يعلن التاجر أو الجهة المسؤولة للكافة: أن الاسم التجاري المعهود لم يعد يمثل ما كان داخلا في مشتملاته ووعائه، وأن المشتملات قد تغيرت من حيث المواصفات والأنوع. فإن فعل ذلك ارتفع اللبس والغرر.

شبهة وردها :

قد يقال : انه ما دام الاسم التجاري - كما تقرر - هو حق عيني مالي متقرر، فينبغي ليصح أن يُمكن صاحبه من سلطات الملك الثلاث وهي : الاستعمال والاستغلال، والتصرف.

ولا شك أن الاسم التجاري لا يمكن لصاحبه من أن يستعمله استعمالا شخصيا. فإذا تخلف عنصر من عناصر سلطة الملك، فلا يصح اعتباره محلا للملك.

فُيرد على هذا : بأن «الملك في جوهره علاقة اختصاصية، أو حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة - كما يقول الإمام القرافي في فروقه، والإمام السيوطي في نظائره - ذلك هو مناط الملك، وأما السلطات فأثار الملك لا عينه، والشأن في الملك

أن تكون له هذه الآثار، لكن ثبوت هذه الآثار جميعها ليس مناطاً لثبوت الملك نفسه، فالملك يثبت بأحدها ما دام قد تحقق مناطه وهو الاختصاص. ألا ترى إلى حق المرور، هو حق مقرر لمنفعة عقار على عقار آخر، يثبت لصاحبه سلطة الاستعمال فقط، دون الاستغلال، والموقوف عليهم للسكنى يثبت لهم حق الاستعمال كذلك، دون الاستغلال، وهذا لا ينفي أن يكون لهم حق في ملك المنفعة على هذا الوجه»^(١).

«فلا أثر إذن لتخلف ثمرة من ثمرات الملك على ثبوت معنى الملك نفسه، فإذا كان الشأن في الملك أن تثبت سلطاته الثلاث جميعاً، لكن ذلك ليس من مستلزماته»^(٢) وعلى هذا فلا ريب أن الاسم التجاري يثبت فيه حق الملك فيها له من سمعة وشهرة وقيمة، وإن تخلفت إحدى سلطات الملك فيه، ما دام تخلفها راجعاً إلى طبيعتها، وهذا لا يهدم الملك ولا ينقصه.

حق الابتكار للدكتور فتحي الدريني ٤٨، وقد ساق ذلك في معرض كلامه على «حق الابتكار» وحق الابتكار قسم الاسم التجاري في مقسم الحقوق المعنوية، فما يجري على حق الابتكار من حيث الجملة يجري على الاسم التجاري من حيث طبيعة كل منها. وقد أفدت منه في هذا الجانب، فلينظر المرجع المذكور ٤١ -

المراجع

- ١ - الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للدكتور محمد سلام مذكور - الطبعة الثانية المطبعة العالمية - ١٩٦٥ م بمصر.
- ٢ - الاختيار لتعليل المختار، للإمام عبد الله الموصلی - الطبعة الثالثة ١٣٩٥ - ١٩٧٥ م بمصر.
- ٣ - أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف - الطبعة الثانية ١٣٦٣ - ١٩٤٤ م بمصر.
- ٤ - الأشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية، للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الطبعة الأخيرة - مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٨ - ١٩٥٩ م بمصر.
- ٥ - الأشباه والنظائر، لابن نجيم.
- ٦ - الإقناع في فقه الامام أحمد بن حنبل، للإمام شرف الدين المقدسي - المطبعة المصرية بالأزهر.
- ٧ - الأموال ونظرية العقد، للدكتور محمد موسى - الطبعة الأولى ١٣٧٢ - ١٩٩٠ م
- ٨ - الإنصاف في الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد بن حنبل، للعلامة علاء الدين علي بن سليمان المرادي - الطبعة الأولى - مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٦ - ١٩٥٦ م
- ٩ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للإمام زيد الدين نجيم - الطبعة الثانية بمصر.
- ١٠ - بدائع الصنائع، للإمام علاء الدين بن مسعود الكاساني - مطبعة الجمالية ١٣٢٨ - ١٩١٠ م بمصر.
- ١١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للإمام محمد بن أحمد بن رشد القرطبي - الطبعة الثانية - مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٠ هـ - ١٩٥٠ م بمصر.
- ١٢ - البهجة شرح التحفة، للإمام أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي - الطبعة الثانية - مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م بمصر.
- ١٣ - بين الشريعة والقانون الروماني للدكتور صوفي أبو طالب - طبع مكتبة نهضة مصر.

- ١٤ - تحفة الأخوذى بشرح جامع الترمذى، للحافظ المباركفوري - الطبعة الثانية دار الاتحاد العربي للطباعة ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م بمصر.
- ١٥ - تحفة المحتاج بشرح المنهاج، للإمام شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي، بحاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني، والشيخ أحمد بن قاسم العبادي - طبع بولاق بمصر.
- ١٦ - التشريع الصناعي، للدكتور محمد حسني عباس - دار النهضة العربية ١٩٦٧م بمصر
- ١٧ - التعريفات للإمام الشريف على بن محمد الجرجاني - الطبعة الأولى ١٤٠٣ - ١٩٨٣ بيروت.
- ١٨ - التلويح على التوضيح، شرح التنقيح، للإمام صدر الشريعة، عبيد الله بن مسعود، والشرح للإمام سعد الدين التفتزاني.
- ١٩ - جواهر الإكليل شرح مختصر الإمام خليل، للشيخ صالح عبد السميع الآبي - الطبعة الثانية - مصطفى الحلبي ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م بمصر.
- ٢٠ - حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين - الطبعة الخامسة - مصطفى الحلبي ١٣٨٦ - ١٩٦٦م بمصر.
- ٢١ - حاشية العلامة محمد عرفة الدسوقي، على الشرح الكبير للإمام أحمد الدردير - طبع دار احياء الكتب العربية بمصر.
- ٢٢ - حاشية العدوي، على شرح عبد الباقي الزرقاني، لمتن خليل - الطبعة الأولى المطبعة الأميرية بولاق ١٣٠٦ بمصر.
- ٢٣ - حاشية الإمامين شهاب الدين القليوبي وعميرة، على منهاج الطالبين للإمام محي الدين النووي بشرح العلامة جلال الدين المحلي - طبع دار احياء الكتب العربية بمصر.
- ٢٤ - حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن، للدكتور فتحي الدريني طبع مؤسسة الرسالة - الطبعة الثالثة ١٤٠٤ - ١٩٨٤ بيروت.
- ٢٥ - حق الملكية للدكتور عبد المنعم فرج الصدة - الطبعة الثالثة - مطبعة مصطفى الحلبي ١٩٦٧م بمصر.
- ٢٦ - درر الأحكام شرح غرر الأحكام، للعلامة منلا خسرو، وبهامشه حاشية العلامة الشرنبلالي.

- ٢٧ - رد المحتار على الدر المختار للعلامة محمد أمين، المعروف بابن عابدين، طبع
الأميرية ١٣٢٣ بمصر.
- ٢٨ - شرح فتح القدير للإمام كمال الدين بن المهام على الهداية للمرغناني، المطبعة
التجارية بمصر.
- ٢٩ - شرح المنار وحواشيه من علم الأصول لزمام عبد العزيز بن ملك، على متن
المنار للإمام عبد الله حافظ الدين النسفي، وعليه حاشيتان للإمامين عزمي
زاده، وابن الحلبي - طبع دار سعادة ١٣١٥ استانبول.
- ٣٠ - شرح منتهى الإرادات للإمام منصور بن يونس البهوتي - نشر عالم الفكر.
- ٣١ - الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، للدكتور بدران أبو العنين
بدران - نشر مؤسسة شباب الجامعة بمصر.
- ٣٢ - عون المعبود شرح سنن أبي داود للحافظ ابن قيم الجوزية - الطبعة الثانية
١٣٨٨ - ١٩٦٩ المدينة المنورة.
- ٣٣ - الفتاوى البزازية للإمام محمد بن محمد البزاز بهامش الفتاوى الهندية - الطبعة
الثانية الأميرية ١٣١٠ بمصر.
- ٣٤ - فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية - الطبعة الأولى - مطابع الرياض ١٣٨٣
الرياض.
- ٣٥ - شرح فتح القدير للإمام كمال الدين بن المهام، على الهداية للمرغناني -
الطبعة التجارية بمصر.
- ٣٦ - الفروق للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي - مطبعة إحياء الكتب
العربية - الطبعة الأولى ١٣٤٦ بمصر.
- ٣٧ - الفقه على المذاهب الأربعة، للشيخ عبد الرحمن الجزيري - الطبعة السادسة
بمصر.
- ٣٨ - الفواكه الدواني للشيخ، أحمد غنيم النفراوى، شرح رسالة أبي محمد القيرواني
- الطبعة الثالثة - مصطفى الحلبي ١٣٧٤ - ١٩٥٥ بمصر.
- ٣٩ - القانون التجاري للدكتور علي حسن يونس.
- ٤٠ - القانون التجاري للدكتور محمد حسني عباس - دار النهضة العربية ١٩٦٦م
مصر.
- ٤١ - قواعد الأحكام للإمام العز بن عبد السلام.

- ٤٢ - القواعد في الفقه الإسلامي للإمام عبد الرحمن بن رجب الحنبلي - الطبعة الأولى ١٣٩٢ - ١٩٧٣ بمصر.
- ٤٣ - كشف الأسرار عن أصول اليبيني للإمام عبد العزيز البخاري.
- ٤٤ - لسان العرب لابن منظور.
- ٤٥ - مبادئ القانون البخاري، للدكتور مصطفى كمال طه - الطبعة الأولى - دار المعارف ١٩٦٢ بمصر.
- ٤٦ - المبسوط للإمام شمس الدين السرخسي - الطبعة الأولى - مطبعة السعادة بمصر.
- ٤٧ - مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - الطبعة الأميرية بمصر.
- ٤٨ - المجموع شرح المذهب لأبي زكريا النووي - مطبعة الامام بمصر.
- ٤٩ - مجلة الأحكام العدلية - الطبعة الخامسة ١٣٨٨ - ١٩٦٨.
- ٥٠ - محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، للدكتور - سعيد عبد الكريم مبارك - دار الطباعة الحديثة ١٩٧٠ البصرة.
- ٥١ - المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي للشيخ مصطفى أحمد الزرقا - الطبعة الثالثة - مطبعة الجامعة ١٣٧٧ - ١٩٥٨ دمشق.
- ٥٢ - مرشد الخيران الى معرفة أحوال الانسان للعلامة محمد قدرى باشا - الطبعة الأولى ١٣٣٨ بمصر.
- ٥٣ - مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي مقانا بالفقه الاسلامي والمجلة للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي.
- ٥٤ - مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري - مطبعة دار المعارف ١٩٦٧ بمصر.
- ٥٥ - المصباح المنير للعلامة الرافعي.
- ٥٦ - مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى للعلامة مصطفى السيوطي الرحباني منشورات المكتب الاسلامي - بيروت.
- ٥٧ - المعاملات الشرعية للشيخ أحمد أبو الفتوح.
- ٥٨ - المعاملات الشرعية للشيخ أحمد ابراهيم - الطبعة الثانية - لجنة التأليف والترجمة ١٣٦٣ - ١٩٤٤ بمصر.
- ٥٩ - مغني المحتاج للإمام الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للإمام محيى الدين محيى بن شرف النووي - مطبعة الاستقامة ١٣٧٤ - ١٩٥٥ بمصر.

- ٦٠ - المغني لابن قدامة المقدسي طبع سجل العرب ١٣٨٩ - ١٩٦٩ وطبع المنار ١٣٤٧ بمصر.
- ٦١ - الملكية في الشريعة الاسلامية للدكتور عبد السلام داود العبادي - طبع وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية الطبعة الأولى ١٣٩٤ - ١٩٧٤ الأردن.
- ٦٢ - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية للشيخ محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي بمصر.
- ٦٣ - المشور في القواعد للامام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي - تحقيق د. تيسير فائق - الطبعة الأولى - مطبعة الفليج ١٤٠٢ - ١٩٨٢ الكويت.
- ٦٤ - الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي للدكتور عبد العزيز العكيلي - الطبعة الأولى ١٣٩٨ - ١٩٧٨ الكويت.
- ٦٥ - الموافقات في أصول الأحكام للامام أبي اسحاق ابراهيم اللخمي الشاطبي - مطبعة المدني - الطبعة الثانية ١٣٩٥ - ١٩٧٥ بمصر.
- ٦٦ - الموسوعة الفقهية - مطبعة الموسوعة الفقهية - دولة الكويت.
- ٦٧ - الميراث والوصية للشيخ محمد زكريا البرديسي - طبع الدار القومية للطباعة والنشر ١٣٨٣ - ١٩٦٤ بمصر.
- ٦٨ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج للامام محمد بن أبي العباس الرملي - نشر المكتبة الاسلامية بمصر.
- ٦٩ - نيل المآرب بشرح دليل الطالب للشيخ عبد القادر بن عمر الشيباني تحقيق الدكتور محمد الأشقر - الطبعة الأولى نشر مكتبة اللاح ١٤٠٣ - ١٩٨٣ الكويت.
- ٧٠ - الوجيز في الملكية الصناعية والتجارية للدكتور صلاح الدين الناهي - الطبعة الأولى - دار الفرقان ١٤٠٩ - ١٩٨٤ الأردن.
- ٧١ - الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق السنهوري - الطبعة الثانية دار النهضة العربية ١٩٦٤ بمصر.

Incorporeal Rights : The Trade Name

By: Dr. Ajeel Jassim Annashmi

Rules regulating selling and other merchantile transactions related to the 'trade name' have been enacted in modern times taking in consideration the different parties involved in the transaction.

Islamic Jurisprudence has not treated the issue (the trade name) because it had not been existent. However, by knowing what the term means and by understanding its nature the 'trade name' can be adapted to fit into Islamic Jurisprudence. Thus, Islamic judgements concerning this issue, according to the precepts and laws of Shari'a and Jurisprudence, can easily be reached to.

'The Trade Name' is a term which according to law-makers and legislators is considered as a part of what is called the commercial house or place and refers to the total of material and immaterial property allotted to business. 'The Trade Name' is then one of the most important components of what is designated as the commercial place and is used as a mark to characterize and distinguish the trader's establishment from other similar establishments.

The public develops a sort of attachment to the trade name. Thus, the trade name is considered to refer to this sort of attachment which is a logical outcome of the trader's efforts and diligence in promoting his commodities and in creating good reputation for the commercial house or place. The trader in his attempts to create this reputation spends money on consultants and on the shop etc. Therefore, the trade name becomes one of the trader's rights, benefits and more importantly a property that should be protected.

We can safely say that the trade name is considered as a property by Islamic Jurisprudence since Maliki, Shaf'i, Hanbali and late Hanafi jurists consider the acquired right to and benefit of the trade name a property of the trader.